Digitized by Google

d. 2

7.6.240

I 6,240

Digitized by Google

Digitized by Google

AVGVSTINI LEYSERI

IN REGIS POLONIARVM ET PRINCIPIS
ELECTORIS SAXONIS AVLA CONSILIARII
IN ACADEMIA VITEMBERGENSI ORDINARII
CONSISTORII ECCLESIASTICI DIRECTORIS
IN TRIBVNALI ET SCABINATV PRIMI
ADSESSORIS

MEDITATIONES

AD

PANDECTAS

QVIBVS PRAECIPVA IVRIS CAPITA

EX ANTIQVITATE EXPLICANTVR, CVM
IVRIBVS RECENTIORIBVS CONFERVNTVR
ATQVE VARIIS CELEBRIVM COLLEGIORVM
RESPONSIS ET REBVS IVDICATIS
ILLVSTRANTVR.

VOLVMEN VII.

EDITIO NOVA ET CORRECTIOR.

CVM PRIVILEGIIS SACRAE CAES. MAIESTATIS
ET SERENISS. ELECT. SAX.

LIPSIAE, BRVNSVIGAE ET GVELPHERBYTI
APVD FRANCISCVM MEISNERVM.
ANNO CIƆIƆCCLXXX.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITVLI
SINGVLORVM SPECIMINVM VOLVMINIS VII.

AD LIB. XLI. TIT. I. DE ACQVIRENDO RERVM DOMINIO.

Sp. 439. *De occupatione in genere.* pag. 1
- 440. *de feris bestiis.* 17
- 441. *de Venatione.* 25
- 442. *de Inventione.* 43
- 443. *de Rebus derelictis.* 48
- 444. *de Vera traditione.* 64
- 445. *de Ficta traditione.* 71
- 446. *de Resignatione iudiciali.* 79
- 447. *de Aedificatione in solo alieno.* 88
- 448. *de Pictura.* 98
- 449. *de Commixtione.* 100
- 450. *de Perceptione fructuum ex re aliena.* 109
- 451. *de Variis possidendi modis.* 118

AD LIB. XLI. TIT. II. DE ACQVIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

Sp. 452. *de Acquirenda & retinenda possessione.* 127
- 453. *de Possessionis probatione.* 135

Digitized by Google

AD LIB. XLI. TIT. III. DE VSVRPATIONIBVS ET VSVCAPIONIBVS.

Sp. 454. *de Præscriptione in genere.* *pag.* 144
- 455. *de Bona fide.* 157
- 456. *de Iusto titulo.* 170
- 457. *de Præscriptione triginta annorum.* 180
- 458. *de Præscriptione contra Principem & fiscum.* 188
- 459. *de Præscriptione rerum ecclesiasticarum.* 197
- 460. *de Præscriptione immemoriali.* 210
- 461. *de Præscriptione contra ius.* 219
- 462. *de Rebus meræ facultatis.* 231
- 463. *de Præscriptione dormiente.* 264
- 464. *de Præscriptionis interruptione.* 274

AD LIB. XLII. TIT. I. DE RE IVDICATA, ET EFFECTV SENTENTIARVM, ET INTERLOCVTIONIBVS.

Sp. 465. *de Conclusione & inrotulatione actorum.* 280
- 466. *de Relationibus ad Principem.* 289
- 467. *de Conceptione sententiæ.* 297
- 468. *Explosio popularis erroris de necessaria sententiæ ad libellum conformatione.* 306
- 469. *de Publicatione sententiæ.* 362
- 470. *de Auctoritate rei iudicatæ.* 371
- 471. *de Regula, quod res iudicata intuitu tertii non valeat.* 384

Sp. 472.

Sp. 472. *de Auctoritate rei iudicatae intuitu tertii.* *pag.* 395

AD LIB. XLII. TIT. II. DE CONFESSIS.

Sp. 473. *de Confessis.* 408

AD LIB. XLII. TIT. III. DE CESSIONE BONORVM.

Sp. 474. *de Debitorum obaeratorum poenis & beneficiis.* 418

AD LIB. XLII. TIT. IV. QVIBVS EX CAVSIS IN POSSESSIONEM EATVR.

Sp. 475. *de Arresto.* 430

AD LIB. XLII. TIT. V. DE REBVS, AVCTORITATE IVDICIS POSSIDENDIS VEL VENDENDIS.

Sp. 476. *de Exsequutione.* 440
- 477. *de Venditione sub hasta.* 451
- 478. *de Concursu creditorum in genere.* 460
- 479. *de His, qui iure dominii in concursu creditorum veniunt.* 471
- 480. *de Scylla & Charybdi in concursibus creditorum.* 481
- 481. *de Sumtibus concursus.* 483
- 482. *de Privilegio tributorum.* 494
- 483. *de Pecunia hereditaria.* 500
- 484. *de Ceteris primae classis creditoribus.* 504

Digitized by Google

Sp. 485. de Secunda creditorum in concursu classe, seu de Hypothecis privilegiatis. pag. 509
- 486. de Tertia creditorum classe, seu de hypothecis simplicibus. 515
- 487. de Infimis creditoribus, seu de limitibus quartae & quintae classis. 524
- 488. de Collocatione usurarum in concursu creditorum. 531

AD LIB. XLII. TIT. VI. DE SEPARATIONIBVS.

Sp. 489. de Beneficio separationis. 538
- 490. de Creditoribus, qui post finitum concursum superveniunt. 548

AD LIB. XLII. TIT. VII. DE CVRATORE BONIS DANDO.

Sp. 491. de Curatore concursus. 557

AD LIB. XLII. TIT. VIII. QVAE IN FRAVDEM CREDITORVM FACTA SVNT, VT RESTITVANTVR.

Sp. 492. de Debitore obaerato, successionem sibi delatam repudiante. 565
- 493. de Gestis per debitorem obaeratum tam ratis, quam irritis. 570
- 494. de His, quae debitor obaeratus cum extraneis gessit. 573
- 495. de His, quae debitor obaeratus cum uno ex creditoribus in reliquorum damnum gessit. 590

Sp. 496.

Digitized by Google

Sp. 496. *de Creditore, qui solus sibi vigilavit.* pag. 606
- 497. *de Privilegio fisci circa ea, quae debitor obaeratus gessit.* 613

AD LIB. XLIII. TIT. I. DE INTERDICTIS, SIVE EXTRAORDINARIIS ACTIONIBVS, QVAE PRO HIS COMPETVNT.

Sp. 498. *de Interdictis.* 617
- 499. *de Possessorio processu in genere.* 622

AD LIB. XLIII. TIT. II. QVORVM BONORVM.

Sp. 500. *de Genuina indole & usu hodierno Interdicti quorum bonorum, & Actionis ex L. ult. C. de Edict. D. Adriani.* 634

AD LIB. XLIII. TIT. X. sq. DE VIA PVBLICA, ET SI QVID IN EA FACTVM ESSE DICATVR, ETC.

Sp. 501. *de Viis publicis.* 653

AD LIB. XLIII. TIT. XII. seqq. DE FLVMINIBVS, NE QVID IN FLVMINE PVBLICO RIPAVE EIVS FIAT, QVO PEIVS NAVIGETVR, ETC.

Sp. 502. *de Iure aquatico.* 658
- 503. *de Piscatione.* 671

Digitized by Google

AD LIB. XLIII. TIT. XVI. DE VI ET VI ARMATA.

Sp. 504. *de Spolio in genere.* pag. 680
- 505. *de Actione spolii.* 692
- 506. *de Exceptione spolii.* 699
- 507. *de Pœnis eorum, qui ipsi sibi ius dicunt.* 706

AD LIB. XLIII. TIT. XVII. VTI POSSIDETIS.

Sp. 508. *de Iudicio possessorio summariissimo.* 718

AD LIB. XLIII. TIT. XVIII. DE SVPERFICIEBVS.

Sp. 509. *de Superficiebus.* 736

AD LIB. XLIII. TIT. XXVI. DE PRECARIO.

Sp. 510. *de Precario.* 746

AD LIB. XLIII. TIT. XXXIII. DE SALVIANO INTERDICTO.

Sp. 511. *de Interdicto Salviano.* 762

AD LIB. XLIV. TIT. I. DE EXCEPTIONIBVS, PRAESCRIPTIONIBVS, ET PRAEIVDICIIS.

Sp. 512. *de Exceptionibus.* 768
- 513. *de Exceptionibus liquidis.* 776

AD LIB. XLIV. TIT. II. DE EXCEPTIONE REI IVDICATAE.

Sp. 514. *de Exceptione rei iudicatæ.* 787

AD

Digitized by Google

AD LIB. XLIV. TIT. III. DE DIVERSIS TEMPORALIBVS PRAESCRIPTIONIBVS, ET DE ACCESSIONIBVS POSSESSIONVM.

Sp. 515. *de Præscriptione criminum.* *pag.* 790

AD LIB. XLIV. TIT. IV. DE DOLI MALI ET METVS EXCEPTIONE.

Sp. 516. *de Exceptione doli.* 802
- 517. *de Exceptione metus.* 809

AD LIB. XLIV. TIT. VI. DE LITIGIOSIS.

Sp. 518. *de Litigiosis.* 823

AD LIB. XLV. TIT. I. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS.

Sp. 519. *de Stipulatione.* 827
- 520. *de Tacita conditione: rebus sic stantibus.* 842
- 521. *de Promissione facti alieni.* 849

AD LIB. XLV. TIT. II. DE DVOBVS REIS CONSTITVENDIS.

Sp. 522. *de Correis.* 860

AD LIB. XLVI. TIT. I. DE FIDEIVSSORIBVS ET MANDATORIBVS.

Sp. 523. *de Fideiussoribus.* 864
- 524. *de Stricta fideiussionum interpretatione.* 880
- 525. *de Beneficiis fideiussoriis.* 887

Digitized by Google

AD LIB. XLVI. TIT. II. DE NOVATIONIBVS ET DELEGATIONIBVS.

Sp. 526. *de Novationibus.* 896

- 527. *de Delegatione.* 906

AD LIB. XLVI. TIT. III. DE SOLVTIONIBVS ET LIBERATIONIBVS.

Sp. 528. *de Solutionibus.* 911

- 529. *de Mutationibus monetæ.* 926
- 530. *de Apocha.* 948
- 531. *de Datione in solutum.* 963

SPECI-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXXXIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

OCCVPATIONE IN GENERE

PVBLICE CVM ALIQVOT SEQVENTIBVS DEFENSVM

AB

ABRAHAMO FRIDERICO FALCKNERO

LIPS.

D. XXX. MAII ANNI cIↃIↃCCXXVII.

I.

Vulgata occupationis deſcriptio exploditur, ac melior ſubſtituitur.

De occupatione quædam dicturi, litesque nonnullas, quas moveri paſſim videmus, explicaturi ante omnia de definitione, aut potius, ne ab veterum ICtorum more recedamus, deſcriptione aliqua ſumus ſoliciti. Hucusque fere omnes, quot-

Digitized by Google

quot de occupatione ſcripſerunt, eam definierunt apprehenſionem earum rerum, quæ actu nullius ſunt, fieri tamen alicuius poſſunt, animo dominii factam. Ita *Lauterbachius in Compendio iuris tit. de Adquirendo rerum dominio* aliique. Duo ego in hac definitione deſidero. Primum ea non omnes occupationis ſpecies complectitur. Vbi enim occupatio bellica? Scio quidem, quomodo communiter iſta omiſſio excuſari ſoleat. Audiamus *Voetium ad tit. Pand. de Adquirendo rerum dominio* §. 2. ſic inquientem: *Occupatio eſt iuſta apprehenſio rerum corporalium iure gentium communium, animo dominii facta; per quam id, quod nullius eſt, naturali ratione primo occupanti conceditur, l. quod enim* 3. *pr. ff. h. t.* §. *fera igitur* 12. *inſtit. de rer. diviſ. Et quamvis circa res hoſtium etiam occupatio permiſſa ſit, quæ non videntur nullius ſed alicuius eſſe, tamen quia ex belli iure ius omne commerciorum hoſtis hoſti negat, hinc & res hoſtium occupamus tanquam tales, quæ nullius in dominio ſunt, quarumque intuitu hoſtes per denegatum belli iure commercium intelliguntur iniqui tantum detentores eſſe, omni dominii ac poſſeſſionis iure carentes. Vnde & res tales in acquiſitione dominii iunguntur rebus illis, quæ terra, mari, cæloque capiuntur, ac circa quas per naturalem poſſeſſionem dominium iis acquiritur, qui primi poſſeſſionem apprehenderint, ſic ut non intelligantur hactenus a quoquam fuiſſe poſſeſſæ. L.* 1. §. 1. *ff. de Acquir. poſſeſſ.* Non ſatisfaciunt hæc nobis. Quid opus eſt fictionibus in re clara? Præſtat eas, quas ſubtilitas veterum præter neceſſitatem in iurisprudentiam noſtram invexit, tolli potius, quam novas excogitari. Et ridiculum eſt profecto, per fictionem hoſtibus dominium, quod re ipſa tenent, auferri. Sed toleremus tantiſper hoc vulgatæ definitionis vitium. Animadverto aliud adhuc. Definitur occupatio adprehenſio animo dominii facta. At enim vero adprehenſio ſola, etſi cum animo dominii coniuncta,

iuncta, ad adquirendum dominium non sufficit. Neque enim, qui rem nullius vel hostilem manibus contrectat, aut, si soli sit, pedibus ingreditur, eam confestim suam facit, etsi suam facere velit. Necesse est præterea, ut illam simul in potestatem suam redigat, quod per solam adprehensionem non semper fit. Fac, piratam lembunculo suo ingens mare, quod adhuc incognitum & dominii expers fuit, detegere, ingredi & sibi etiam adscribere. Finge porro, piscatorem cum cymbula sua ad terram ingentem, sed incolis vacuam adpellere & signis plurimis voluntatem adprehendendi dominii declarare. Num putas, ambos illos adprehensione hac dominos effectos posse alios ab usu eiusdem maris ac terræ excludere? Nemo hoc dicet, credo. Quid deest igitur? Redactio in potestatem, quam iura & naturale & civile ad adquirendum dominium requirunt. Finge amplius, rusticum in novam, quæ hucusque latuit, auri argentive venam, per aliquot iugera & milliaria extensam, incidere, atque totum illum tractum sibi soli vindicare. Non ferent invidiam hanc & aviditatem alii, sed relicta parte, quam ille iuris sui fecit, a ceteris, quibus sibi subiiciendis ille par non fuit, haud abstinebunt. Res clarior adhuc est in occupatione bellica. Ad hanc adprehensio sola animo dominii facta profecto non sufficit, sed præterea redactio in potestatem requiritur. Quæ quum ita sint, ego occupationem sic potius describo, quod sit actus, per quem res vel nullius vel hostilis in potestatem nostram redigitur, seu iuris nostri sic efficitur, ut de ea, quod lubet, statuere & commoda ex illa percipere liceat. Hanc definitionem & naturalis ratio adprobat; & iura civilia confirmant. Provoco ad L. 5. §. *de Adquir. rer. domin.* & §. 13. *I. de Rerum divis.* Adprehendit quis telo feram bestiam vulneravitque, ut elabi vix possit. Nondum tamen plene eam in potestatem suam redegit. Occupasse igitur non censetur, etsi persequatur

 adhuc.

adhuc. Sed liberum eſt alii, intervenire ac fugientem beſtiam perſequenti eripere. Provoco etiam ad *L.* 5. §. 1. *de Captivis*, ubi ſola adprehenſio rei hoſtilis negatur ad dominium adquirendum ſufficere; ſed neceſſe eſſe dicitur, ut ea intra præſidia perducatur. Quod & moribus gentium convenire, oſtendit *Grotius de Iure belli ac pacis lib.* 3. *Cap.* 6. §. 3.

II.

Ad occupationem nec animus, nec viſio, nec verba, nec ſigna ſufficiunt.

Ex allata in principio deſcriptione occupationis, quam fundamenti loco ponimus, plurimas, quæ circa occupationis iura naſcuntur, controverſias decidemus. Conſequitur ex illa primum, nec animum, nec viſionem, nec verba, nec ſigna ſufficere, quoniam per hæc res in poteſtatem non redigitur. Illuſtrabo rem duobus exemplis, quorum primum Præſes mihi ſuppeditavit, alterum *Plutarchus* dabit. Immanis balæna ex mari in Albim amnem invehitur. Fluctuantem illam ſed mortuam primus animadvertit piſcator quidam, qui ſummo mane in ſcapha ſua exierat. Accedit hic, contrectat piſcem, ſed ob magnitudinem auferre vel in ripam extrahere nequit, igitur, evulſis duobus dentibus & exciſo lardi fruſto, domum redit ac cetum adhuc fluctuantem relinquit. Superveniunt deinde viatores quidam in lembo conducto, & piſcem adprehendunt ac ad lembi ſui latus funibus alligant. Conſpiciunt hoc vicini oppiduli, ex quo & piſcator ille, de quo primum dixi, erat, habitatores & cum cymbis ſuis confeſtim advolant, nodos, quibus viatores piſcem conſtrinxerant, ſolvunt, piſcemque in terram extractum inter ſe dividunt, adſcitis in ſocietatem lembi eius, quo viatores vecti erant, dominis. Movent igitur viatores hi litem, ac de ſpolio queruntur. Res acriter diſputatur. Qui balænam abſtulerant, inprimis ad occupationis iura provocabant, & piſcatorem, qui dentes

tes & lardi frustum exemisset, adprehendisse piscem dominiumque eius adquisivisse, se vero illi suppetias tantum tulisse, aiebant. Verum tribunal regium, quod Stadæ est, contra eos iudicavit, pretiumque piscis viatoribus restitui iussit. Supplicant condemnati, actaque mense Octob. a. CIↃIↃCCXVI. ad ICtos Helmstadienses mittuntur. Hi ex istis, quæ ab initio posui, principiis factum piscatoris pro vera occupatione reputare non potuerunt, quod is cetum plane in potestatem suam non redegisset, sed fluctuantem reliquisset, atque ita multa accidere potuissent, ut reversus illum non reperiisset. Quapropter secundum §. 13. *I. de Rerum divisione* cetum viatoribus adiudicarunt, adiecta condemnatione in expensas. Subiiciam verba sententiæ & rationes decidendi: Daß, der eingewandten Supplication ungeachtet, das am 2. Oct. 1714. gesprochene Urtheil zu bestätigen, und Beklagte Klägeren die durch die Supplication verursachte Unkosten zu bezahlen schuldig seynd. V. R. W. Rat. dec. Es seynd Klägere als Passagiers auf einem den beyden Schiffern Kocken zustehenden Ever auf der Elbe gefahren, und haben neben Hamelwörde einen grossen Fisch, welcher jedoch bereits angehauen, und ein Stück Speck nebst zwey Zähnen davon genommen gewesen, in dem Wasser treibend gefunden, und selbigen mit Stricken an ihrem Ever befestigt, in der Meynung, ihn mit nach Freyburg, als ihrer Wohnstadt, zu nehmen. Es seynd aber Beklagte mit ihren Fahrzeugen von Hamelwörde dazwischen gekommen, haben vorgegeben, der Fisch sey bereits von einem ihrer Nachbaren, Johann Schwarzen, angehauen, sich also desselben mit angemasset, und ihn auf das feste Land gezogen, da denn Klägere als übermannet zurück gewichen und an das Land getreten, ihre Schiffere hingegen mit den Beklagten Gesellschaft gemacht, sich ihren Antheil an dem Fisch von selbigen bezahlen lassen, und dafür den Process gegen Klägere führen zu helfen versprochen: Darauf haben Klägere Klage erhoben, und nach einige Jahre lang geführten Process endlich

das Urtheil, daß Beklagte ihnen vier Sechstheile des Fisches cum omni caussa und den verursachten Unkosten erstatten sollen, erhalten. Dieses Urthel fechten Beklagte jetzo an, und stellen zu ihrem Behuef hauptsächlich vor, daß 1) Johann Schwarze den Fisch bereits angehauen und occupiret gehabt, daß 2) sie selbigem nur zu Hülfe gekommen, daß 3) der Fisch auf dem Strande gelegen, also ihnen, als Einwohnern des Landes, gleichsam zugehöret, daß 4) der Fisch, im Fall sie ihn nicht an das Land gezogen hätten, auf die Dänische Seite würde getrieben und daselbst weggenommen seyn worden, daß 5) wenn ja die letzte Occupation und Anbindung an den Ever ein Recht geben könnte, solches doch nicht sowohl Klägeren als ihren Schiffern zugestanden wäre, und daß endlich 6) nach der dort üblichen Gewohnheit dergleichen grosse antreibende Fische jedermann gemein und preiß wären, demnach Klägere ihnen selbst beyzumessen hätten, daß sie nicht, wie andere Leute gethan, und man ihnen frey gestellet, gleichfalls so viel, als sie bekommen können, von dem Fische gehauen und mitgenommen. Alldieweil aber 1) occupatio nichts anders ist, als redactio in potestatem suam, und denn Johann Schwarze, nach der Beklagten eigenem Geständnisse, den Fisch nicht an das Land bringen können, sondern in dem Wasser treiben lassen, mithin durch Abschneidung eines Stück Specks und Ausbrechung zweyer Zähne von solchem Fische keinesweges Herr geworden, hiernächst 2) der abgehörte und sonst auf der Beklagten Seite stehende Zeuge aussagt, Johann Schwarze sey anfänglich, als den Klägern der Fisch weggenommen worden, nicht gegenwärtig gewesen, sondern nachgehends dazu gekommen, folglich der Beklagten Vorgeben, ob wären sie diesem Schwarzen zu Hülfe gekommen, sehr zweifelhaftig, und viel wahrscheinlicher ist, daß Beklagte, wie sie den Fisch von Klägern wegnehmen gesehen, ihnen als Fremden solchen allein nicht gegönnet, sondern zugefahren und Theil daran nehmen wollen, zudem obgedachtes Vorgeben, wenn es auch der Wahrheit gemäß,

Digitized by Google

mäß, den Beklagten nicht zu statten kommt, da Johann Schwarze angeführter massen selbst kein Recht an dem Fische gehabt, ferner 3) der erstgemeldete Zeuge deutlich deponiret, der Fisch habe, wie ihn Klägere genommen, nicht auf dem Strande gelegen, sondern im Wasser getrieben, weiter 4) Beklagte den Klägern die Sorge, den von ihnen occupirten Fisch von der Dänischen Seite ab und nach Freyburg zu bringen, ganz wohl überlassen können, nächstdem 5) der Fisch nicht von dem Ever, sondern von den darin befindlichen Leuten occupiret worden, also die Eigenthümer des Evers, welcher bey der Occupation nur zum Instrumente gedienet, ihnen kein grössers Recht an dem Fische zuschreiben können, als welches derjenige, mit dessen Flinte ein Wild geschossen worden, behaupten mag, übrigens 6) die angegebene Gewohnheit, vermöge deren eine von einem privato occupirte Sache jedermann preiß seyn solle, mit den natürlichen Rechten streitet, auch mit nichts bescheiniget ist, allenfalls dasjenige, was sonsten etwa mit dergleichen Fischen, welche niemand vor sich occupiret gehabt, sondern jedermann angegriffen, vorgegangen, auf gegenwärtigen Casum, da eine würckliche Occupation geschehen, nicht zu ziehen, und den Klägern dieses, daß sie der Gewalt und Menge gewichen seynd, nicht zu imputiren ist, ja die von der Beklagten Schiffern eingegangene Gesellschaft vielmehr an den Tag leget, daß sie in Ansehung der letztern Occupation diese mit pro condominis des Fisches geachtet; So haben wir voriges Urthel bestätiget, und Beklagte wegen ihrer nicht undeutlich hervorscheinenden malæ fidei nochmalen in die Unkosten vertheilet.

III.

Res nullius, ad quam occupandam duo, licet socii, concurrunt, non fit communis, sed cedit vere occupanti. Signum non sufficit.

Intricatissima lis est, quam *Plutarchus quæst. Græc.* 30. commemorat. Andrii et Chalcidenses, quum navigassent in Thra-

Thraciam, ſedium petendarum cauſſa, Sanen urbem proditione ſibi traditam communi iure occuparunt. Vbi vero audiverunt, Acanthum a barbaris fuiſſe derelictam, duos emiſerunt exploratores. Hi poſtquam ad urbem acceſſiſſent, intellexiſſentque, hoſtes omnino abiiſſe; Chalcidenſis quidem præcurrit, Chalcidenſibus ſuis urbem occupaturus, Andrius vero, ubi illum conſequi non poterat, haſtam proiecit, qua portæ urbis validiſſime infixa, dixit, ſe illa ipſa haſta urbem liberis Andriorum ſuorum præoccupaſſe. Ex ea re quum diſſenſio exiſteret, ſine moto bello Andrii Chalcidenſesque inter ſe ita convenerunt, ut Erithræis, & Samiis, Pariisque uterentur arbitris. Poſtquam vero Erythræi & Samii ſuffragati fuerant Andriis, ſolique Parii ſteterant pro Chalcidenſibus; eo loco Andrii execrati ſunt Parios, voveruntque, ſe nunquam his daturos, neque ab iisdem petituros eſſe uxores. Male hic a maxima arbitrorum parte iudicatum fuiſſe, rectiusque Parios ſenſiſſe, exiſtimat *Puſendorffius de Iure naturæ & gentium lib.* 4. *cap.* 6. §. 8. Sed utramque ſententiam more ſuo damnat *Titius in Obſerv.* 293. *ad Puſendorffium de Officio hominis & civis, & in Obſerv.* 1011. *ad Lauterbachium.* Credit ille, tunc, quum duo circa adquirendam regionem contendunt, neque viſionem, neque adprehenſionem, neque alium actum ad dominii adquiſitionem ſufficere, ſed rem utriusque communem fieri. Adſentit Titio Gundlingius in *Gundlingianis P.* 31. *cap.* 1. §. 21. 22. Nulla eſt ex his tribus opinionibus, in qua non aliquid ſit veroſimile. Titiana tamen mihi omnium infirmiſſima videtur. Ait Titius: *Si duo circa rem acquirendam concurrant, neque viſus, neque occupatio naturaliter rem uni aſſerere poteſt, ſed illa utrique potius eſt communis, nam uterque ius acquirendi habet, uterque etiam voluntatem acquirendi declarat, ab hac vero acquiſitio dependet. Quod vulgo diſſentiant, ac primum occupantem præferant, id ex eo eſt, quod*

Digitized by Google

quod occupationis habitum & necessitatem non satis intelligant. Hoc ego non credo. Occupatio & adquisitio dominii nihil aliud est, quam redactio in potestatem suam. Is vero, qui declarat, se rem occupaturum, nondum eam redegit in potestatem. Necesse est, ut alius praeterea actus accedat. Voluntas nuda & cogitatio, etsi verbis declarata, effectus nullos habere potest. Nec is, qui hastam portae infixerat, urbem iuris sui potestatisque fecerat. Igitur Parii etiam rectius Chalcidensibus, quorum explorator primus illam ingressus fuit, adiudicarunt. Hic quippe eam in potestatem redegerat, alterumque exploratorem repellere & ingressu arcere poterat. Quod vero Gundlingius putat, mentem utriusque populi, dum exploratores mitterent, fuisse, Acanthum communiter occupandi, hoc coniectura mera admodumque incerta est. Societas belli ea quidem lucra, quae ambo simul capiunt, communia facit, non etiam ea, in quibus capiendis unus alterum antevertit. Pleraque, quae de bello communiter gerendo panguntur, foedera hac lege ineuntur, ut, quod quisque ex foederatis primus occupet, sibi adquirat. Pactum hoc etiam inter eos, qui uno exercitu bellum gerunt, frequens est. Exemplum habet *Baptista Nani in Historia Reipublicae Venetae lib.* II. *in principio anni* 1639. Credibile igitur est, Andrios etiam & Chalcidenses sic pepigisse, Sanen autem urbem, quod ea utrique simul tradita fuisset, communem reliquisse. Nec missio exploratorum coniunctim facta contrarium indicat. Ego magis probabiliter coniecto, singulos exploratores, dum ablegarentur, quemque a suo populo hoc in mandatis accepisse, ut alter alterum, quantum posset, praeverteret. Nec obstat, quod *Leo* Imperator *in Novella* 70. ait: *Itinerum comites, quum fortuito in rem aliquam incidunt, tametsi saepe uno illam momento pariter non conspiciant, eius tamen inter se ius communicant.* Hoc quippe iuris non est,

ſed benignitatis meræ. Si ius ſpectes, etiam ex comitibus itinerum is rem ſuam facit, qui primus eius poſſeſſionem adprehendit. *L.* 1. §. 1. *de Adquir. vel amitt. poſſ.*

IV.

Occupatio rerum immobilium incultarum privatis adhuc hodie patet. Nec princeps in eas dominium habet, ſed imperium ſaltem.

Inter modos adquirendi dominium primo loco ponitur ab omnibus occupatio. Eius tres ſpecies communiter faciunt legum Romanarum interpretes, venationem, inventionem rerum in littore vel alibi iacentium, & captivitatem. De occupatione rerum immobilium, quæ nullius ſunt, altum eſt ſilentium. Totam de ea doctrinam iuris naturalis doctoribus relinquunt, nullam eius inter privatos utilitatem eſſe, rati. Male. Privatos certe ab occupatione rerum immobilium, quæ dominium non habent, excludi non oportet. Nec ius Romanorum eos excludit. Generaliter Caius *in L.* 3. *pr. de Adquir. rerum domin.* & Iuſtinianus in §. 12. *I. de Rerum diviſ. Quod*, inquiunt, *ante nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur.* Sub qua regula etiam res ſoli contineri, ex L. 7. & 8. *C. de Omni agro deſerto*, item ex §. 22. *I. de Rerum diviſione* patet. Si quis ergo locus, ſive ager fuerit, ſive pratum, ſive lacus, ſive nemus, ſive collis, ſive vallis, vacuus iacet, dum vel dominum nunquam habuit, vel habuit quidem, ſed cuius memoria amplius non exſtat, eum privatus quilibet licite occupat, eiusque dominium occupando adquirit. Et a privatis quidem controverſia ei vix metuenda eſt. Verum princeps ac fiſcus eius litem movebunt. Nunquam ſcilicet defuerunt ICti, qui principibus blandirentur, eisque mundi & rerum omnium dominium adſcriberent. Hi ergo iis etiam terras incultas atque vacuas tribuunt, privatosque ab earum occupatione arcent, aut, ſi iam occupaverint,

verint, de possessione iterum deturbant. Vide *Choppinum de Domanio lib.* 3. *tit.* 18. *n.* 3. *Klockium de Contributionibus cap.* 1. *n.* 303. *Vitriarium in Instit. iur. publ. lib.* 3. *tit.* 18. §. 74. *Hornium in Iure publico cap.* 60. §. 18. *in fine.* Verum huic opinioni & ius naturæ opponimus, quod res nullius & vacuas cuilibet occupanti permittit, item ius Romanum, quod, quemadmodum in principio ostendi, istam Iuris naturalis regulam adoptavit. Quin Pertinax, laudatissimus cæsar, apud *Herodianum lib.* 2. *cap.* 4. lege lata, quidquid in Italia aut alibi gentium inculti soli vacaret, totum occupantibus & colentibus adiudicavit. Auctoribus supra memoratis oppono alios, quos memorat & sequitur *Heigius P.* 2. *quæst.* 40. *n.* 138. Vnicum, quo dissentientes utuntur, argumentum hoc est, omnia in dominio principis, aut, si democratia sit, populi esse, quæcunque in provinciis eius reperiuntur. Hæc *Pufendorffii* philosophia est *de Iure naturæ & gentium lib.* 4. *cap.* 6. §. 4. saltem quod ad res immobiles. Nam in mobilibus ius naturæ priscum agnoscit. Verum & in immobilibus idem iuris est. Confunduntur nempe invicem dominium & imperium, quæ tamen toto cœlo differunt, ut egregie ostendunt *Grotius de Iure belli ac pacis lib.* 2. *cap* 3. §. 4. atque ab hoc allegati *Seneca, Plinius, Philo*, item *Schilter de Condominio circa sacra cap.* 1. §. 3. & *Buddeus in præfat. ad Selecta iuris naturæ & gentium pag* 32. Imperium principi sine dubio in totam regionem & partes eius omnes competit, dominium vero earum saltem rerum, quas occupat & colit. Quamdiu quid vacuum iacet, tamdiu in medio positum cuivis occupanti cedit. Si quis vero occupet, is dominio, quod primus in eam rem introduxit, privari a fisco nequit, onera tamen, quibus alii prædiorum in ista provincia possessores obnoxii sunt, fert & ipse, ac principis leges & iurisdictionem quod ad novas possessiones suas

 agno-

Digitized by Google

agnoſcit. His itaque rationibus moti ICti Helmſtadienſes menſe Octobri anni CIↃ IↃ CC XVII. reſponderunt, locum paluſtrem, quem Germani einen Bruech vocant, vacuum a fiſco occupari & novari, ſeu cultum reddi poſſe, eas vero huius loci partes, quas privati iam occuparint, adimi illis ac fiſco vindicari non debere: Wollen Herzogl. Durchl. von Lignitz den von Koſten bis Arnſtedt ſich erſtreckenden Bruech vermittelſt Abzapfung des Waſſers uhrbar machen laſſen, dawider die angrenzende Unterthanen ſich ſetzen, und vorwenden, es gehöre ſolcher Bruech ihnen zu, entſtehet alſo anfänglich die Frage: Ob ein alveus derelictus dem Fiſco anheim falle? Nun eignen zwar ſowohl die Römiſche *in* §. 33. *I. de Rerum diviſione*, als alte teutſche Rechte, im Sachſen-Spiegel *l.* 2. *art.* 56. den vertrockneten Waſſergang eines Fluſſes den daran wohnenden privatis zu, und bezeuget *Carpzovius P.* 3. *C.* 31. *def.* 14. & 15. daß dieſe Rechts-Verordnung annoch im Gebrauche ſey, wie man denn auch an Orten, wo das Widerſpiel nicht conſtituiret oder eingeführet iſt, davon füglich nicht abweichen kann. Alldieweil aber obangezogene Rechte von fluminibus publicis handeln, alſo auf den ſtreitigen Bruech nicht erſtrecket werden mögen, welcher, in ſo weit er bisher wüſte und unbrauchbar gelegen, pro re nullius zu achten iſt, und demjenigen, ſo durch ſeine Mühe und Koſten ihn nutzbar machet, billig anheim fällt, da denn dem Herzogl. Fiſco, wegen des Sr. Durchlauchtigkeit ohnedeß ſchon zuſtehenden iuris territorialis, ſondern Zweifel der Vorzug gebühret; So iſt der Fiſcus ſich beſagten Brueches, in ſo weit derſelbe bisher öde und wüſte gelegen, anzumaſſen, ſolchen uhrbar zu machen und in Zukunft zu brauchen, wohl berechtiget. Wird zweytens und drittens zu wiſſen verlanget: Ob diejenige, welche einige Plätze von dieſem Brueche nach und nach an ſich gezogen, ſich mit der Poſſeſſion und daher rührenden Præſcription wider den Landes-Herrn zu ſchützen befugt, und nicht vielmehr das an ſich gezogene abtreten, titulatam poſſeſſio-

ſeſſionem in petitorio ausführen, in deſſen Entſtehung de fructibus perceptis und percipiendis mit dem Fiſco Rechnung zulegen, und das ſodann gezogene liquidum bezahlen müſſen. Ob nun wol einem Landes-Fürſten das Eigenthum aller in ſeinem Lande belegenen unbebaueten und wüſten Plätze zuzuſtehen, folglich die Unterthanen ſich derſelben ohne ſeine ausdrückliche Vergünſtigung anzumaſſen keine Macht zu haben, und daferne ſie ſolches thun, zu Abtretung des eigenmächtig weggenommenen und Erſtattung aller erhobenen Früchte verbunden zu ſeyn ſcheinen. Weilen aber das ius ſuperioritatis oder imperium, welches einem Landes Fürſten über alle in ſeinem Lande befindliche Oerter zuſtehet, von dem dominio privato ganz unterſchieden iſt, und keinesweges geſagt werden kann, daß alle in dem Lande belegene und dem Fürſten unterworfene Plätze demſelben eigenthümlich zugehören, und in ſeinem dominio privato ſeynd, ſondern dieſes dominium privatum den Unterthanen in ihren Güthern zuſtehet, in den öden und wüſten Plätzen hingegen niemanden gehöret, ſondern der natürlichen Billigkeit und den geſchriebenen Rechten nach einem jeden frey ſtehet, ſich deren anzumaſſen, und per occupationem das Eigenthum davon zu adquiriren, welches ihnen nachgehends um ſo viel weniger genommen werden kann, wenn, wie im gegenwärtigen Falle geſchehen, der Landes-Herr ſich der occupirten Plätze ganz nicht angenommen, ſondern ſolche von den privatis über undenkliche Zeit beſitzen und gebrauchen laſſen, bey welcher Bewandniß die occupatio rei deſertæ und nullius den Beſitzern ſtatt eines tituli dienet, zu geſchweigen, daß in præſcriptione immemoriali, von deren Anfang man nicht weiß, einen titulum beyzubringen unmöglich iſt, auch in Rechten nicht erfordert wird; So mögen wir nicht abſehen, wie derjenige, welcher einige Plätze von dem wüſt gelegenen Brueche an ſich gezogen, zu deren Wiederabtretung und Erſtattung der fructuum perceptorum und percipiendorum angehalten werden könne.

V.

Agrum incultum occupans, si principi imperium & superioritatem in eum invertere intendat, in crimen læsæ maiestatis incidit.

Regulam illam, pro qua stabilienda publicistæ veteres *cap.* 7. *de Officio ordinarii in* 6. allegant: quidquid est in territorio, est etiam de territorio; etsi in iure scripto fundamentum non haberet, tamen in ipsa recta ratione, & iure naturæ innititur. Scilicet populus aut princeps, dum regionem aliquam occupat, non glebas singulas calcare necessum habet, sed simul omnes eius regionis partes suas facit; id quod occupationem per universitatem appellat *Grotius de Iure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 2. §. 4. Per hanc non quidem dominium, ut male *ibidem Grotius*, sibi ipsi deinde in *cap.* 3. §. 4. contrarius, putat, sed imperium adquiritur, etiam in loca inaccessa, lacus, stagna, sylvas, montes asperos, specus &c. Non peccat itaque privatus ea occupando ac dominium in ea exercendo, peccat tamen, si principis populive imperio ea eximere intendat, atque crimen læsæ maiestatis committit, arg. L. 1. §. 1. & L. 3. *Ad legem Iuliam maiestatis.* Sic mense Iunio an. CIƆ IƆ CCXV. Helmstadii iudicatum fuit: Daß des entwichenen Christoph Göserichs sämtliches Vermögen mit Arrest zu belegen, und derselbe, im Fall man sich seiner Person bemächtigen sollte, mit Staupenschlägen auf ewig, Martin Koppe aber auf 2 Jahr lang nach abgeschwornen Urpfeden des Landes zu verweisen. Hiernächst wird Hans Schöne 4. Tage, Christoph Lorenz, Christoph Hohmann, Hans Christoph Schröter, Andreas Scheele, Gottfried Kettmann, Andreas Schade, Andreas Hahn, Peter Rettich, Andreas Höhne, Andreas Sauermilch jeder 2 Tage, Peter Sauermilch aber einen Tag lang im Gefängniß mit Wasser und Brodt gespeiset, oder ihnen, daferne sie gebührend darum ersuchen sollten, frey gestellet, vor jeden Tag 12 Groschen

Stra-

Strafe zu erlegen. V. R. W. Rat. dec. Es bestehet das den sämtlichen Inquisiten beygemessene Delictum darinnen, daß sie sich, da sie doch Anhältische Unterthanen seynd, zusammen verbunden, den in Fürstlich-Anhältischer Hoheit gelegenen, aber von Königl. Majest. in Preussen zu Lehn rührenden, und von derselben an den Freyherrn von Metsch in Lehn gereichten Golmglien anzubauen, zu solchem Ende, ohne seine Hochfürstl. Durchl. als den Landesherrn, darüber zu begrüssen, sich an Königl. Majestät gewendet, derselben die Sache dergestalt, ob sey der Golmglien nur an den Anhältischen Grenzen, also in Preußischen Landen gelegen, vorgestellet, und auf solche Art die Fürstlich-Anhältische Iura territorialia zu schmälern gesuchet. Nun führen sie zwar zu ihrer Entschuldigung an, es sey ihnen die eigentliche Beschaffenheit des Golmgliens nicht bekannt, sondern nur dieses wissend gewesen, daß Königl. Majest. die Freyherrn von Metsch damit belehnet, und habe der Bürgermeister zu Ziesar sie als einfältige Leute zu Unternehmung dieses Werks beredet, wie sie denn auch das von dem Advocaten aufgesetzte Supplicat und den dem Hause Anhalt daraus zuwachsenden Nachtheil nicht recht verstanden; wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob falle das Delictum gänzlich hinweg, und finde keine Strafe statt. Alldieweil aber die Schmälerung der Landes-Herrschaftlichen Grenzen ein sehr grobes Delictum und so gar pro specie perduellionis geachtet wird, und denn Inquisiten solche allerdinges in Willens gehabt, da sie ohne Vorwissen Sr. Hochfürstl. Durchl. den Golmglien bey Königl. Majestät ausgebeten, und denselben vor ein an den Zerbster Grenzen gelegenes Brandenburgisches Gut angegeben, wobey ihnen denn die vorgeschützte Unwissenheit nicht zu statten kommt, indem vielbemeldeter Golmglien ganz in den Anhältischen Landen lieget, und nicht einmal an das Brandenburgische grenzet, also sie wohl wissen können und sollen, daß die Herrschaft darüber ihrem Landes-Fürsten zustehe, immassen auch das Vorgeben,

daß

daß sie sich von dem Bürgermeister zu Ziesar verführen lassen, deshalben wenig hilft, weil sie solchen Verführungen nicht statt geben, und sich nach der wahren Beschaffenheit des Golmgliens bey ihrer Obrigkeit oder sonst in Anhältischen Landen besser erkundigen sollen. Bey dieser Beschaffenheit scheinen Inquisiten eine harte Strafe verdienet zu haben. Unterdessen, da sie als einfältige Bauers-Leute leichte einen Irrthum begehen, und die iura territorii mit den Lehn-Rechten, welche gleichwol Königlicher Majestät zustehen, confundiren können, überdies das Schreiben nicht selbst gemacht, sondern durch einen Advocaten verfertigen lassen, auch aus allen Umständen kein eigentlicher dolus, sondern nur ein etwas grobes Versehen oder rusticitas, welche vermöge der Rechte gelinder gestrafet wird, *L. 2. §. 1. Si quis in ius vocatus non ierit*, hervorscheinet; So seynd wir, alle die, welche sowohl vor 14 Jahren als jetzo von neuem diesen Complot gemacht, mit einer leidlichen Geld- oder Gefängniß-Strafe zu belegen, bewogen worden, da denn Hans Schöne, als einer von den Redelsführern, ein wenig härter angesehen worden. Jedoch haben wir Christoph Göserichen, welcher seinem eigenen Geständnisse nach das Haupt der ganzen Sache gewesen, überdies einen Meineyd begangen, den Staupenschlag und ewige Landes-Verweisung zuerkannt. Gleicher Gestalt ist auch Martin Koppe mit 2 jähriger Landes-Verweisung gestrafet worden, weil er nach der ihm im Amte geschehenen Vorhaltung von neuem mit zusammen gekommen, und zu einer Reise und Vorstellung nach Berlin Geld hergeschossen, folglich nicht aus Einfalt und Unwissenheit, sondern aus Bosheit pecciret.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXL.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

FERIS BESTIIS.

I.

Omnia animalia ſua natura ſunt fera.

Diſcrimen illud, quod iuris Romani interpretes inter animalia fera, manſueta & manſuefacta faciunt, ſi rei naturam ſpectes, accuratum non eſt. Rectius *Varro de Re ruſtica lib.* 2. *cap.* 1. ſtatuit, omnia animalia, etiam oves, quarum placiditas ſumma eſt, ſua natura fera & ſylveſtria, ſed quædam ex iis deprehenſa ad hominibus, concluſa & manſuefacta, quædam vero in naturali ſtatu relicta eſſe. *Nam*, ait, *etiam nunc in locis multis genera pecudum ferarum ſunt aliquot: ut in Phrygia ex ovibus, ubi greges videntur complures: ut in Samothrace caprarum, quas Latini rotas appellant. Sunt enim in Italia circum Fiſcellum & Tetricam montes multæ. De ſuibus nemini ignotum, niſi qui apros non putat ſues vocari. Boves perferi etiam nunc ſunt multi in Dardania & Media, & Thracia: Aſini feri in Phrygia & Lycaonia: equi feri in Hiſpaniæ citerioris regionibus aliquot.* Deinde naturalis animalium, quæ inter manſueta vulgo referuntur, feritas vel exinde apparet, quod multa eam ne quidem, poſtquam diutiſſime inter homines verſata ſunt, deponant, ſed adhuc tactum quin & conſpectum hominum defugiant. Qua de re ſi quis dubitat, is in cortem prodeat, & gallinarum manſuetudinem tentet. Videbit profecto, eas non minus feras eſſe, quam paſſeres hirundinesque. Deinde

Digitized by Google

domestica hæc animalia, quando in custodia hominum esse desinunt, & libere vagari incipiunt, feritatem pristinam tam cito tamque facile resumunt, ut ab aliis feris discerni nequeant. Provoco ad testimonium eorum, qui itineraria in Americam scripserunt, & uno omnes ore fatentur, vidisse se nemora, boum, vaccarum, porcorum, equorum, canum & similium bestiarum, quæ olim domesticæ, deinde casu vel sponte liberatæ, a feris animalibus nulla in re differant & venationes quotidianas patiantur, plena. Porro nihil profecto inter animalia mansuefacta & ea, quæ pro mansuetis reputantur, interest. Perdices ex omnium confessione feræ sunt, atque tamen in multis Græciæ Asiæque, quin & Galliæ locis sic mansuescunt, ut gregatim pascantur, & gallinas quoque facilitate superent. Audiamus *Turnefortium dans la Relation d'un voyage de Levant tom.* 2. *lettr.* 9. *Les perdrix y sont aussi privées, que les poules. Il y a des gens du côte de Vessa & d'Elata, qui les élevent avec soin: on les méne le matin à la campagne chercher leur nourriture comme des troupeaux de moutons; chaque famille confie les siennes au gardien commun, ce gardien les ramene le soir, & on les appelle chez soi avec un coup de siflet: S'il plait au maitre de faire venir pendant la journée celles, qui lui appartiennent, on les avertit avec le même signal, & on les voit revenir sans confusion. J'ai vû un homme en Provence, du côtè de Grasse, qui conduisoit des compagnies de perdrix à la campagne, & qui les faisoit venir à lui, quand il vouloit: il les prenoit avec la main, les mettoit dans son sein, & les renvoyoit ensuite chercher leur vie avec les autres.* Et ob hanc rationem ipsi legum Romanarum conditores & interpretes fluctuant sæpe & disputant, quorsum hoc illudve animalium genus referri oporteat. De suibus olim dubitatum fuisse, ex *L.* 2. §. 2. *Ad legem Aquiliam* constat. De columbis & pavonibus etiam hodie dubitatur. Caius ea in *L.* 5. §. 5. *de*

Adquir.

Adquir. rer. dom. feris accenſet, *Pufendorffius de Iure naturæ & gentium lib.* 4. *cap.* 6. §. 5. & plures alii manſuetis. Quæ lis quemadmodum dirimenda ſit, ſi diſcrimen illud retinemus, non video. Neque enim differentiam ſpecificam animalium manſuetorum habemus, atque adeo nec definitionem adferre poſſumus. Ea certe, quam *Pufendorffius loco ſupra allegato* habet: *Diſcrimen*, inquiens, *ferarum & cicurum beſtiarum melius ita exprimitur, quod illæ inter homines verſari magis abhorreant, magisque infinita libertate gaudeant, nec niſi ægre & vix ſatis fideliter contubernio hominum aſſueſcant; quod in hiſce ſecus eſt;* accurata non eſt, & diſputationes infinitas excitabit. Mures etiam, glires, hirundines, delphini, muſcæ, culices, inter homines verſantur & domicilia eorum amant, atque tamen fera ſunt. Quapropter rectius dicas, omnia animalia (nec hominem excipio) fera eſſe ſua natura, poſſe tamen omnia cicurari, ſed quædam facilius, quædam non niſi multo labore & poſt longas moras, verum & hanc adſcititiam manſuetudinem uſu & conſuetudine iterum dediſcere ac ad antiquam feritatem redire. Diſſentire a nobis videtur *Grotius in Annalibus Belgicis lib.* 5. *pag.* 386. & paradoxe admodum omnia animalia manſuetis adnumerare. Ita nempe: *Ova*, ait, *ibi reperiebantur, & volucres faciles capi, quia morem ignorabant humanæ aviditatis, & paſſim locorum inſequentium argumento compertum eſt, quod ab animantibus aliis fugimur, non illis deeſſe, ſed nobis manſuetudinem.* Error Grotii inde eſt, quod ille naturam feritatis in fuga ponit. At vero ſic domeſtica animalia plurima & ipſi infantes noſtri feræ beſtiæ erunt, contra leones, crocodili ceteraque ferociſſima animalia, quæ hominem non fugiunt, ſed fugant, & perſequuntur, manſueta. Ne igitur in verbis ludamus, explicari oportet, quid ſit ferum eſſe. Ferum eſſe ſignificat libertatem & facultatem pro lubitu vagandi amare, nec niſi uſu

& consuetudine domatum alteri servire, atque in certo loco manere.

II.

Feræ bestiæ naturaliter non sunt res nullius, sed in eorum, in quorum prædiis vagantur, dominio.

III.

Quo iure principes sibi hoc dominium deinde adscripserint, disquiritur.

Feras bestias, quamdiu homines in communione vixerunt, nec agros & prædia dominio singulorum adscripserunt, res etiam communes fuisse & occupantibus cessisse, dubium non est. Postquam vero homines in civitates concesserunt, tum nihilominus, ex sententia iuris Romani, feræ manserunt nullius, adeo ut a quovis, non tantum in fundo proprio, sed & alieno, occupari & adquiri queant, §. 12. *I. de R. D. L.* 16. *de servit. prædior. rustic. L.* 13. §. *ult. de iniur. L.* 28. 29. *ad L. Aquil.* Hanc iuri Romani doctrinam tam naturali rationi, quam prisco iuri Germanico, convenire, existimant multi, & hodie etiam in controversiarum, quæ super venatione oriuntur, decisione adhibent. Certe *Maierus*, qui anno 1722. *de Iure venandi Romano-Germanico* scripsit, hanc doctrinam fundamenti loco ponit *pag* 35. *seqq.* Idem facit vir solide & eleganter doctus *Bilderbeckius* in der gründlichen *Deduction* gegen die vermeyntliche Regalität der Jagden *integro fere capite I.* ubi plurimos secum sentientes commemorat. Alii tamen istud iuris Romani principium cum natura dominii pugnare credunt, negantque, feras bestias res nullius esse posse, postquam agri ipsi & nemora, in quibus vagantur, res nullius esse desierunt. Sed hi iterum in duas sectas abeunt. Vna eorum est, qui, ne civibus quid relinquatur, laborant strenue, principibusque, quantum possunt, adscribunt. Hi ergo, constitutis civitatibus, feras bestias dominio publico civitatis, virtute constitutio-

tutionis fundamentalis, fuiſſe ſubiectas, & hinc in civitatibus naturale eſſe, ut ſoli reipublicæ ius venandi originarie competat, nec diſpiciendum eſſe de titulis, quibus hoc ius a ſubditis in imperantes ſit translatum, aiunt. Hæc *Titii* philoſophia eſt *in Iure privato Romano-Germanico lib.* 8. *cap.* 14. §. 5. quam probat *Hornius in Iure publico capit.* 60. §. 18. Verum, qui ſic ſentiunt, hi errore eo, quem in *præcedente ſpecimine medit.* 4. refelli, ducuntur, dum imperium, quod ſolum reipublicæ & principi in territorium ſuum competit, a dominio non diſtinguunt. Habet utique reſpublica & princeps imperium in agros & res omnes, quæ in iis ſunt, leges itaque de iis fert, onera imponit, uſum etiam circumſcribit. At hoc dominium non eſt. Dominium, quod in perceptione fructuum & emolumentorum nec non poteſtate mutandi & alienandi conſiſtit, ad privatos pertinet. Si vera foret *Titii* philoſophia, ad ſolas feras beſtias eam reſtringi non oporteret. Idem profecto de arboribus, de rivis, de lapidibus, quæ in fundis privatorum ſunt, dicendum eſſet, ea ſcilicet domino publico civitatis, vi conſtitutionis fundamentalis, fuiſſe ſubiecta, & hinc in civitatibus naturale eſſe, ut ſoli reipublicæ facultas arbores excidendi, in rivis piſcandi, lapides eximendi competat. Verum eo nondum proceſſit ICtorum aſſentatoria impudentia, ut principi iſtas res omnes adſcriberent. Cur ergo feras beſtias adſcribunt? Profecto longe rectius ſentiunt hi, qui illas quoque feras beſtias ſecundum naturalem rationem eiusdem iuris eſſe, cuius eſt fundus, in quo vagantur, dicunt. Si hic publicus & principis eſt, feræ eodem iure cenſentur. Si privatus, dominium, quod glebas, arbores, fruges, rivos, lapides adficit, etiam feras beſtias complectitur; ſi abeunt ex eo fundo, & in alium tranſeunt, huius dominum ſuum iterum dominum faciunt. Cum iure naturali hac in parte accuratiſſime convenit ius Germanicum. Ita ſcilicet *Alemanni in*

Iure suo provinciali cap. 352. §. 6. 7. 9. Ein Thier ist zerecht des, des der Wiltban ist. Ein jeglich Wilde ist eines Mannes mit recht, dieweil es in seiner Gewalt ist. Kommet es ihm uß seinem Wiltban, so ist es nit sein. So ein jeglich Gewilde uß deiner Gewalt kommet und uß deinem Wiltban, ist es dein nicht. Hæc sententia etiam *Moseri* est, quo auctore ego neminem hucusque melius & accuratius de libris iudicasse credo, quemque id scribendi genus continuare nolle, molestissime fero, in den unpartheyischen Urtheilen von *Iuristischen* und Historischen Büchern *part.* 3. *num.* 12. *pag.* 242 Interim negare non possum, rectores rerumpublicarum, si non omnium, certe plerarumque, privatis ius feras bestias occupandi abstulisse, sibique solis adscripsisse. Quo iure id factum sit, disputatur varie. Quidam præscriptionem immemorialem, cum subditorum patientia coniunctam, laudant, alii ad occupationis titulum recurrunt, plerique vero ex prohibitione, vi imperii & superioritatis territorialis facta, ius illud arcessunt. Vide *Ziegl. de Iur. mai. l.* 2. *c.* 14. §. 17. *seqq.* Ego prohibitionem hanc in principio a rerumpublicarum rectoribus eodem iure, quo multa alia fecerunt, factam arbitror. Ita nempe voluerunt. Voluerunt autem non utilitatis publicæ caussa, quam adsentatores quidam omnibus principum actis ridicule prætexunt, sed sua voluptatis gratia. Fatentur hoc non obscure cæsares in *L.* 1. *C. Th. de Venatione ferarum.* Accessit deinde consensus civium, si non expressus, saltem tacitus, dum supra hominum memoriam principes solos venationem in fundis quoque privatis exercere seque ab illa excludi passi sunt. Per hanc igitur longissiman patientiam & consensum demum principibus ius in feras adquisitum fuit.

IV.

Qui feram bestiam in fundo alieno contra domini vel legis prohibitionem capit, dominium eius nullo iure consequitur.

Recte

Recte *Moserus* in den unpartheyischen Urtheilen *p.* 242. irridet *Maierum in libello de Iure venandi Romano-Germanico* existimantem, feram bestiam in fundo alieno contra legum dominive prohibitionem captam tamen fieri capientis. Sed Maiero facilius ignosci potest, qui sententiam suam ex iure Romano, quod utique dubium est, tuetur. Magis miror, *Pufendorffium de Iure naturæ & gentium lib.* 4. *cap* 6. §. 5. idem de iure naturali adfirmare. Ego omni prohibitione naturaliter dominii adquisitionem impediri credo, nec cum *Zieglero de Iuribus maiestatis lib.* 2. *cap.* 14. §. 24. necessarium puto, ut prohibens hoc ultimum expresse dicat. Quin imo, dum leges Romanas accuratius considero, pertrahor in partes *Cuiacii*, qui *lib.* 4. *Observ.* 2. ait, etiam secundum illas, inprimis *L.* 55. *de Adquir. rerum domin.* capientem, qui iuste prohibitus fuit, non effici dominum.

V.

Ferarum nocivarum occupatio privatis non recte interdicitur.

Ferarum nocivarum, h. e. carnivorarum, e. g. ursorum, luporum, vulpium, occisio cuilibet patere debebat. Vide 2. F. 27. §. 5. Sed tamen legibus plerarumque provinciarum interdicta, atque in occisores pœna etiam statuta est. Memorabile est, quod narrat *Lehmann* im Historischen Schauplatz der natürlichen Merckwürdigkeiten in dem Meißnischen Ober-Erz-Gebürge der 10. Abtheilung: Auf dem Böhmischen Schmiedeberge wohnte ein Hammermeister und guter Schütze, den lief eine Bärin mit zwey Jungen im Walde grimmig an, daß er das Rohr zu Rettung seines Lebens auf sie loß brennete, und das zornige Thier wider alles Verhoffen todt zur Erden stürzte. Die zwey Jungen liefen herzu, und saugten an der todten Mutter, da aber Leute dazu kamen, liefen sie eine Tanne hinan, und wurden durch einen Mann herunter geholet.

Wiewol

Wiewol nun gedachter Hammermeister eine Nothwehr vorschützte, fiel er dennoch in Ungnade, und sollte unumgänglich zu Prage einreiten, auch alsobald die todte Bärin mit beyden lebendigen Jungen dahin liefern, eben zu der Zeit, als Kayser Matthias mit seiner Gemahlin sich daselbst aufhielte. Da nun der Kayser die zwey jungen Bären auf den Saal bringen ließ, und seine Gemahlin anstiftete, sie sollte das eine mit einer Spißruthen ein wenig necken und hauen, da stellete sichs zur Wehre, und fuhr der Kayserin in die Schürze, darüber sie alle erschracken, und theils lachten. Solches gerieth dem Bären-Schützen zum Glück und Pardon, indem der Kayser selbst bekennen muste, was es für ein groß Erschrecknis gebe, wenn ein grausamer grosser Bär einem im wilden Walde begegnen sollte. Rectius longe Honorius cæsar in *L. 1. C. Th. de Venatione ferarum* occidendorum leonum potestatem cunctis facit, additque rationem, *quum salus nostrorum provincialium voluptati nostræ necessario præponatur.*

COROLLARIA.

1. Quod *Philippi in Ecloga 6. ad lib. 2. Inst. n. 1. & 3.* quemlibet in suo columbas alere & columbarium exstruere posse, existimat, non aliter verum est, quam si is, qui columbas habet, agros etiam in vicinia possidet.

2. Recte *Lynckerus in Resolut. 217.* columbas in feudo feudales esse adfirmat.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXLI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

VENATIONE.

I.

Germani veteres venationem cuilibet ingenuo in ſuo fundo permiſerunt.

II.

Ruſticos tamen, cives oppidanos & clericos ab ea excluſerunt.

Ex principio, quod in *præcedentis ſpeciminis medit.* 2. præſtruxi; feras nempe beſtias non eſſe res nullius, ſed in eorum, in quorum fundis vagantur, dominio; conſequitur, a iure venandi neminem, qui fundum poſſidet, excludi. Et Germani quidem veteres neminem, qui modo ingenuus eſſet, ab eo excluſerunt, ſed tantum foreſta dominica ſancta & a privatis intacta eſſe voluerunt, quemadmodum ex *ſpeculo Saxon. lib.* 2. *art.* 61. & *Suevico cap.* 237. patet. At enim vero poſtea ius hoc a rectoribus rerum publicarum magis circumſcriptum fuit. Et ruſticani quidem ac cives oppidani libertatem venandi vix unquam habuiſſe in Germania videntur. Ruſticani enim omnes olim ſervi & ipſi cum prædiolis in nobilium dominio erant, &,

Digitized by Google

quamvis deinde in multis provinciis manumitterentur, iugum tamen nunquam exuerunt penitus, sed vestigia dominii veteris operas censusque præstando semper agnoverunt. Cives autem oppidani agros vel nullos vel exiguos habuerunt, hosque magis tanquam rustici quam cives possederunt. Atque hæc rusticanorum & civium a venatione exclusio, si paucula oppida speciali privilegio ornata excipias, ad nostra usque tempora perduravit, ac subinde legibus renovata est. Quæ res rationem optimam habet, ne scilicet cives & rustici ab officio suo dulcedine venationis abducantur. Huc spectat *Constit. Würtemberg.* Ludovici Ducis *de anno* 1588. Denn so bald sie sich einst dem Wildpret schiessen ergeben, so werden sie werkloß, Faulenzer, Verthuner, Schwelger, Verderber Weib und Kinder 2c. Ipse olim vidi civitatem, cui ius venandi competit, cuiusque cives perpetuis excursionibus adsueti vitam illam in constitutione Würtembergica depictam egregie exprimunt. Et simile exemplum in Saxonia inferiore exstat. Quod ad clericos in Germania antiqua attinet, hos vitæ suæ rationes & leges ecclesiasticæ a venando arcebant. Si quos ergo agros, in quibus feræ vagarentur, habebant, non ipsi eas venabantur, sed advocati eorum, viri nobiles & illustres. Quamobrem ius venandi inter emolumenta, quæ advocati ecclesiarum & monasteriorum percipiebant, olim relatum est.

III.

Venatio & bannus ferinus olim pertinentiæ prædiorum nobilium fuerunt.

Nobilibus seu ingenuis in Germania prisca otiari, & quod genus otii est, venari semper licuit, teste *Tacito de Moribus Germaniæ c.* 25. Et venatio quidem, quamdiu agri promiscue possidebantur, omnibus patebat, postquam dominia eorum distincta fuerunt, ius prædii factum est. Placuerunt mihi,

Digitized by Google

mihi, quæ hac de re congeſſit *D. G. Strube* in diſſertatione ſub *Noodtio* Iureconſulto Lugdunenſi defenſa, *de origine nobilitatis Germanicæ & præcipuis quibusdam eius iuribus ſect.* 2. *cap.* 3. Diplomatibus, quæ in §. 7. adducit, quibus venationes inter pertinentias prædiorum recenſentur, alia adiicere poſſem, ſi opus foret. Memorabo ſaltem, bannum quoque ferinum, der Wild-Bann, olim ad pertinentias prædiorum nobilium relatum fuiſſe. Patet hoc ex diplomate de anno 1510 quo Henricus, Dux Brunſvicenſium, venditionem prædiorum allodialium a Laurentio von Honlage cœnobio Riddagshuſano factam confirmat, atque inter pertinentias, die Tobehörungen, enumerat die Wildbanne und Fiſchereyen. Ex quo conſequitur, non inferiorem ſaltem venationem, ut aliqui putant, ſed & ſuperiorem, ad quam bannus ferinus ſpectat, partem fundi nobilis olim fuiſſe. Plura reperies in *Bilderbeckii* gründlicher *Deduction* gegen die vermeyntliche *Regalität* der Jagden.

IV.

Venatio hodie in plerisque Germaniæ locis regalibus adſcripta eſt, id quod tamen noviter a ſolo principe ſine civium ordinumve conſenſu fieri nequit.

Hodie in plerisque Germaniæ provinciis venatio ius privatum prædii eſſe deſiit, atque regalibus adſcripta & ſummæ in rep. poteſtati tributa fuit. Vide *Heigium Quæſt.* 15. §. 44. *Carpzovium P.* 2. *Deciſ.* 109. & *Hertium de ſuperioritate territoriali* §. 49. Itaque in Saxonia, Marchia Brandenburgica, ducatu Magdeburgico plerisque reliquis Germaniæ provinciis poſſeſſores prædiorum nobilium, qui ius venandi ſibi arrogant, eius adquiſitionem docere neceſſum habent. Vniverſale tamen hoc ius non eſt. Superſunt quippe aliquot loca, in quibus libera venatio vel imperatorum privilegiis

confirmata eſt, vel diuturnitate uſus nititur. Vide *Beyerum in Specimine iuris Germanici lib.* 2. *cap.* 2. §. 8. ubi teſtatur, liberam venationem potiſſimum in Suevia conſpici, atque non ſolum den vier Ständen, ſed & liberæ imperii nobilitati competere, quin & in electoratibus Colonienſi & Moguntino, ducatu Würtembergico, principatu Naſſovio Dillenburgico alibique exerceri. Quod autem porro *Beyerus in* §. 12. principi permittit, venandi libertatem in iis etiam locis, in quibus ſtabilita eſt, pro lubito tollere ſibique vindicare, hoc mihi duriuſculum eſſe & tyrannidem ſapere videtur. Si hanc principi poteſtatem tribuimus, ut, quidquid hucusque cives habuerunt, ex libidine ſua auferat, ac libertatem & facultatem naturalem pro ſuo arbitrio circumſcribat, nihil tandem privatis relinquetur, ſed omnia, ſi non a principe ipſo, tamen ab aſſentatoribus eius miniſtris rapientur. Vrges forſan legem regiam, qua populus principi omne imperium ſuum & poteſtatem conceſſerit. Nunquam in Germania huiusmodi lex facta eſt. Eadem ſemper ſingularum provinciarum facies fuit, quæ adhuc totius imperii eſt. Dum principem ſibi fecerunt cives, non ſe ſuaque omnia eius arbitrio permiſerunt, nec ei poteſtatem auferendi, quæ ſibi ab initio retinuerant, dederunt, ſed, ut in maximi momenti rebus ipſorum aut, qui eos repræſentant, ordinum conſenſus adhiberetur, voluerunt. Is itaque ſine dubio neceſſarius eſt, quum civibus emolumentum, quo hucusque gaviſi ſunt, aufertur & regale efficitur.

V.

In aliquibus provinciis venatio ius prædii nobilis eſt, atque a privatis ſine principis conceſſione exercetur.

Quod ſupra dixi, venationem in plerisque Germaniæ provinciis inter regalia relatam eſſe, hoc aliqui, *Klockius Vol.* 1. *Conſil.* 10. *n.* 400. *&* 29. *n.* 627. *Meichsner tom.* 3. *deciſ.*

cif. 33. *n.* 87. *fol.* 1060. *Webner voce* Forst-Recht, *Ockel de Palat. reg.* §. 70. & *Praescript. immemor. c.* 5. §. 22. ad venationem superiorem restringunt, atque, venationem inferiorem adhuc hodie partem fundi esse, & praediorum nobilium possessoribus sine concessione per se competere, affirmant. Quorum sententia humanissima est, & antiquo praediorum nobilium statui maxime convenit, atque adeo in iis provinciis, quarum principes venationes inferiores regalibus suis expresse non adscripserunt, merito retinetur. Recepta etiam illa & a principe confirmata est in ducatu Luneburgico, uti ex §. 15. & 16. der von Herzog Georg Wilhelm zu Braunschweig-Lüneburg der Lüneburgischen Landschaft auf ihre übergebene *Gravamina* ertheilten *Resolution* apparet, in qua sic princeps ille: So viel die Jagd-Gerechtigkeiten anbelanget, wollen wir, daß unsere von Adel, welche mit den also genannten hohen Jagden nicht belehnet seynd, noch dieselben durch ein solches rechtmäßiges Herkommen, als darzu erfordert wird, behaupten können, sich derselben allerdinges enthalten sollen, welchen aber selbige *concediret* seynd, oder sie sonst jetztgedachter massen hergebracht haben, denselben wollen wir sie auch hinführo gnädigst lassen; sie sollen sich aber unserer Gehäge enthalten, und uns darin keinen Eingrif thun. Wegen der Nieder- oder Unter-Jagden aber erklären wir uns in Gnaden dahin, daß wir es damit bey dem in unserm Herzogthum Lüneburg befindlichem Herkommen, daß die von Adel auf derer Dörfer, vor welchen sie Zehenten oder in den Dörfern Meyer- und Zinß-Leute haben, Feldmarken die Jagden, jedoch ohne Verwüstung, *exerciren* mögen, ferner lassen wollen. Quae quum ita sint, possessor praedii nobilis in iis terris, in quibus lex non exstat, quae venationes omnes fisco & regalibus vindicat, venationem inferiorem suo iure exercet, superioris autem adquisitionem docere debet. Quod fit duplici modo, vel per concessionem a principe in litteris investiturae alioque instrumento factam, vel per praescriptionem.

 VI.

VI.

Ad adquirendum ius venandi, si inter privatos lis sit, præscriptio longi temporis sufficit.

Quod ad præscriptionem attinet, multum interest, utrum quis ius venandi contra privatum, an contra principem adquirere velit. Priori casu longi temporis præscriptio, ut in aliis servitutibus, locum habet. Nam si quis, adversario patiente & non contradicente, per longum tempus in eius fundo venatus sit, tunc per patientiam, quæ vice tituli est, ius venandi consequi potest. *L. pen. C. de præscript. long. temp.* Neque obstat opinio *Bachovii ad Treutl. Vol. 2. Disput. 20. th. 2. lit. u.* & *Franzkii Ex. 4. qu. 2.* existimantium, venationem esse inhabile obiectum præscriptionis, addita ratione, quoniam ex iure naturæ descendat, nec in possessione aut patrimonio cuiusdam esse possit. Falsum enim est, quod sibi persuadent aliqui, venationes iure naturæ esse promiscuas, quum potius secundum rectam rationem ius venandi pars aliqua prædii sit, & accessio dominii. Iure tamen Saxonico electorali præscriptione immemoriali etiam contra privatum in acquisitione iuris venandi opus est, docente *Bergero in Oeconomia iuris p. 263. sq.*

VII.

Ius venandi contra principem præscriptione immemoriali adquiritur.

Thesis hæc ex utraque parte oppugnatur, atque adeo a me & contra illos, qui, principi nullam plane præscriptionem opponi posse, dicunt, & contra eos, qui principi ordinariam etiam præscriptionem obstare putant, defendenda est. Cum illis primum agam. Inter eos omnium acerrime nobis contradicit *Thomasius in disp. de Præscriptione regalium*

lium ad iura ſubditorum non pertinente, &, qui Thomaſium in plurimis ſequitur, *Beyerus in Specim. iuris Germanici lib.* 2. *cap.* 2. §. 38. *ſqq.* Aiunt ſcilicet, ſententiam noſtram, de admittenda præſcriptione immemoriali, non ex genuinis principiis iuris naturæ, politices & iuris publici, ſed ex iuris canonici lacunis & legibus quibusdam Romanis male adplicatis hauriri. Aiunt deinde, principia politica & iuris publici prohibere, ne quidquam a privato contra publicam utilitatem ſuſcipiatur vel allegetur; utrum vero quid ad publicam utilitatem pertineat, iudicium penes principem non penes ſubditos eſſe, porro principem & poſſe & debere facere, quod reipublicæ expedit, licet vel per mille annos contrarium fuerit obſervatum, & ſaluti publicæ tanquam legi ſupremæ omnia emolumenta privata, adeoque & omnem præſcriptionem ſubditorum cedere, denique omnes rationes, quibus præſcriptionis ius innititur, hic corruere, nam iuris gentium rationes ad rem præſentem non quadrare, quia hic non inter gentes, i. e. invicem æquales, ſed inter imperantem & ſubditos diſceptetur, rationem iuris civilis vero, pœnam negligentiæ, principem minime ſtringere, nec ſequi: Princeps per tempus immemoriale negligens fuit, ergo negligentiam continuare tenetur; quia potius defectus compertos quotidie emendare poſſit ac debeat. Excutiamus hæc ſingulatim. Primum ius naturæ nobis obiicere audent. *Ius naturæ*, inquiunt, *oſtendit, nullum ius ſubditorum adverſus imperantem, qua talem, ad claſſem iuris perfecti referri poſſe.* Equidem de Deo, ex cuius gratia & arbitrio omnia noſtra pendent, ſic loqui licet, de homine non item, cuiuscunque is dignitatis ſit. Mutua eſt inter imperantem & cives obligatio etiam in iis imperiis, quæ armis adquiſita fuerunt. Pactum enim inter victorem & victos ſaltem tacitum intercedit, ut hi pareant quietique vivant, ille vero eos in ſtatu, in quo nunc ſunt, foveat, conſervet, tueatur. Ergo perfectum ius civibus eſt, ne imperans illis vitam, bona, iura eripiat,

at, sed ut ipsos iuste gubernet. Deinde nihil iuri naturali & æquitati magis convenit, quam ut id, quod diutissime & ultra hominum memoriam quis tenuit, ei non auferatur. Nec cum iure publico hoc pugnat. Constat potius ex publicis nostris legibus, imperium ipsum & cæsarem in litibus cum ordinibus & civibus præscriptionem immemorialem adversus se admittere. Vide *Auream Bullam cap.* 8. §. 1. *cap.* 9. *Recessum Imperii de anno* 1548. §. 54. 56. 63. 64. *Capitulat. Caroli VI. art.* 8. 9. 21. &c. Sed pergo ad salutem publicam, quam serio a dissentientibus hic prætexi, vix mihi persuadeo. Si salutem publicam tam late extendimus, nihil tandem erit, quod eo non trahetur. Eadem scilicet facilitate dicas, salutem publicam poscere, ut fundi omnes privatis erepti fisco addicantur, ut iudicia eis, ut reditus auferantur, ut rustici ab omni servitio nobilibus præstando liberentur. Hæc, inquam, magis saluti publicæ conveniunt, quam, ut venatio privatis ademta principi tribuatur. Quid enim inde emolumenti sentiet respublica, nisi, ut magis etiam alliciantur principes ad vitam sylvaticam, qua iam tum plures irretiti saltem de feris cogitant, & negotia publica prorsus negligunt, ei similes, de quo poëta vetus ingeniosissime canit:

Derselbig führt zwar keine Pracht,
Blieb bey der gewöhnlichen Tracht,
Aber sein unterthane Leut
Waren seiner wenig erfreut;
Er höret nicht ihr Noth und Klagen,
Wartet sein Weidewerk und Jagen,
Fieng Caninchen, Hasen und Reh,
Und sonst viel ander Wildbrät meh.
Als wär er um ein grosses Geld
Für einen Jägermeister bestellt,
Oder mit Nebucadnezar
Verdammet zu der Bestien Schaar,
Und nicht gesetzt zum Landes-Herrn,
Sein Leut zu regieren mit Ehrn,

Zu

Digitized by Google

Zu befördern Gericht und Recht,
Zu schützen den Herren und Knecht.

Denique fundamenta præscriptionis non corruunt hic, ut Beyerus putat. Neque enim ea in pœna negligentiæ ponimus. Principi certe, cui nunquam venatio per totam provinciam data fuit, tanquam negligentia imputari non potest, quod civibus, qui venandi ius semper exercuerunt, id non abstulit. Non potuisset enim auferre, quod ipsius nunquam fuit. Ergo fundamentum huius præscriptionis in eo quærendum est, quod, qui venationem ultra hominum memoriam exercuit, eam ab initio statim habuisse & cum prædio ipso adquisivisse præsumatur. Quæ quum ita sint, recte credo respondisse ICtos Helmstadienses mense Octobri a. CIϽ IϽ CC XV. Es gründet sich Beklagter wegen des ihm zustehenden, aber von klagendem Adiuncto Fisci in Zweifel gezogenen Jagd-Rechts auf einem von seinen Vorfahren über Menschen Gedenken hergebrachten und ruhig exercirten Besitz, hat auch solchen nach allen requisitis durch die abgehörte Zeugen dergestalt beygebracht, daß dagegen, sogar von Klägern selbst, mit Bestand nichts eingewendet werden mag. Zwar sucht er daher ein dubium zu machen, daß Beklagter keinen Titul der erlangten possess beygebracht. Aber, wer die Natur der Immemorial-Præscription kennet, und weiß, daß man von deren Anfang keine Nachricht haben müsse, der siehet wol, daß es eine contradictio in adiecto seyn würde, den Titul, welcher eigentlich der Grund und Anfang des Besitzes ist, von einer solchen præscription zu erweisen. Da nun bey dieser Bewandniß selbiger Zweifel hinweg fällt, so bleibet noch der einige übrig, ob durch die præscriptionem immemorialem die regalia, darunter nach den heut zu Tage eingeführten principiis die Jagd mit gerechnet wird, adquiriret werden können. Es leugnen zwar solches einige Rechts-Lehrer. Doch deren Meynung läuft der natürlichen Billigkeit, den ausdrücklichen Rechten, imgleichen

der bißher durchgehends eingeführten praxi zuwider. Demnach haben wir kein Bedenken getragen, Beklagten bey der Jagd-Gerechtigkeit zu schützen, und von der angestellten Klage loß zu zählen. Quin imo iidem ICti mense Ianuario anni CIƆ IƆ CC XV. immemorialem præscriptionem admisere, tametsi lex adesset, quæ concessionem principis requireret. Nam & præscriptioni immemoriali inest tacita concessio. Adiiciam verba responsi: Ob wol nach Ostfriesischen Rechten zu Erlangung der Jagd-Gerechtigkeit die Concession des Landes-Fürsten ausdrücklich erfordert wird; Alldieweil aber præscriptio immemorialis tacitam concessionem & indultum principis in sich begreifet, &c.

VIII.

Respondetur iis, qui ius venandi nec regale esse, nec præscriptione immemoriali opus habere, contendunt.

Pergo nunc contra illos, qui iura privatorum circa venationem nimis extendunt. Scilicet eruditissimus, quem supra laudavi, *Bilderbeckius* in der gründlichen *Deduction* gegen die vermeyntliche *Regalität* der Jagden, ius venandi nec regale esse, nec, quamvis cum principe litigetur, præscriptione immemoriali opus habere, contendit. Disputavit cum illo præses meus per literas familiares. Neuter alterum in sententiam suam pertraxit. Victoriam ego neutri attribuam, sed iudicium de ea lectori permittam, allatis in medium, quæ inter eos agitata fuerunt. Præses nempe accepto libro, in quo Bilderbeckium a se dissensisse intelligebat, sic ad illum scripsit: Nächstdem mache mir noch ein kleines Bedenken von meiner thesi, daß die Ober-Jagd im Herzogthum Lüneburg ein regale sey, und quod ad petitorium præscriptionem immemorialem erfordere, abzuweichen. Ich habe das Argument vor mir: Alle Iura, die sich der Fürst allein zuschreibet, und von welchen er seine Unterthanen ausschliesset, es sey denn, daß sie deren exercitium ex ipsius

ipsius concessione expressa vel tacita erlanget, seynd regalia. Denn sonst weiß ich mir keine Definition von Regalibus zu machen. Atqui im Herzogthum Lüneburg hat es mit der Ober-Jagd eine solche Beschaffenheit vermöge der Landes-Resolution de anno 1682. §. 15. dem das Canzeley-Att. stat in caussa Knesebeck de anno 1693. beytrit. Ergo ist sie ein regale, und erfodert nach den principiis iuris canonici, die in ganz Teutschland in diesem Stücke angenommen seynd, præscriptionem immemorialem. Reposuit ad hæc Bilderbeckius: 1) So bin der Meynung: Daß, wenn ein princeps gleich ein ius sich alleinig, cum exclusione privatorum, zuschreibe, es doch kein regale werde, nisi subditorum consensus accedat; *vide Jagd-Deduct. p.* 23. massen sonst unter einem bösen Ministerio die subditi wenig behalten dörften. 2) Das dubium ex Resolutione de anno 1682. & Attestato Knesеb. de 1693. ratione der Ober-Jagd in hoc ducatu betreffend; so beziehe mich, quoad Resolutionem de an. 1682. auf die Deduction *p.* 219. 221. als woselbst klar gezeiget: Possessionem immemorialem hic plane non requiri: und quoad Attestatum de 1693. findet sich dasselbe ibid. *p.* 116. *seqq.* beantwortet. 3) Daß in præscribendis regalibus ein tempus immemoriale nöthig sey, ist freylich opinio communis; aber ob sie nicht erronea sey? gebe zu bedenken, und dagegen zu erwegen, was in dicta deductione *p.* 158. *sqq. p.* 174. angeführet, auch *p.* 170. mit Ew. Hoch-Edelgebohrnen selbst eigenem schönen effato bestärket worden. Respondit Præses: Ich werde mit repliciren nicht verdrießlich fallen, sondern nur anhängen, daß ich mit Eurer Hoch-Edelgebohrnen darunter einerley Meynung hege, ein Fürst könne ohne Einwilligung seiner Land-Stände durch eigenmächtige Anmassung kein Recht zum Regali machen, unterdessen glaube, die Landes-Resolution vom Jahre 1682. welche die Ober-Jagd vor ein Regale declariret, sey von den Ständen dasiges Herzogthums angenommen, und durch ihren

Consens bestätiget worden. Tandem Bilderbeckius in postrema ad Præsidem epistola: Ew. Hoch=Edelgebohrnen meynen: Die Ober=Jagd sey in Resolut. de 1682. pro Regali declariret; sed ego pace vestra contrarium sustineo, indem 1) solches darinnen verbis expressis nicht zu finden, und ob zwar vel concessio vel possessio requiriret worden; So ist jedoch die Declaratio da: Daß hierunter eine poss. immem. nicht zu verstehen, indicio: Serenissimum venat. maiorem pro Regali haud reputasse.

IX.

Aliquando diebus feriatis & intra probibita tempora venari licet.

Scimus ex *L. ult. C. & c.* 3. *X. de Feriis*, diebus feriatis venationem esse interdictam. Si tamen necessitas publica aliud suadeat, existimo, & die feriato venationem exerceri posse. Vide *Ord. Prov. Sax. August. de anno.* 1550. *tit.* 17. ibi: Da nicht nöthige und dringende Ursachen vorhanden, e. gr. si bestiarum edacitas tanta sit, ut fruges consumant. Præter dies feriatos sunt quoque certa tempora, quibus venatio prorsus interdicta est. Pertinet huc ex iure Saxonico veteri *Ord. Prov. de anno* 1482. §. Es soll von niemands & *de anno* 1555. *Tit.* daß keiner auf des andern §. *ult.* Sed recognito calendario, aliud tempus definitum est in Mandato die 20. Septembr. 1702. promulgato. Observat tamen *Beyerus in Specimine iuris Germanici lib.* 2. *cap.* 2. §. 21. licere possessoribus prædiorum nobilium, siquidem intra prohibita tempora incidant feriæ solemnes, festivitas nuptialis, aut baptismalis, vel exsequiæ celebrandæ sint, pro instruenda mensa venari.

X.

Qui feram bestiam in fundo suo excitat, fugientem continuo cursu persequi in alienum fundum potest.

XI.

XI.

Dominus tamen fundi, in quo perſequutio fit, præoccupare feram poteſt.

Feræ, quæ in noſtro fundo vagantur, non ſimpliciter noſtræ ſunt, ſed eatenus, quatenus fundo noſtro comprehenduntur & eius quodammodo pars ſunt. Igitur, quando abeunt ex fundo noſtro & in alium tranſeunt, dominum confeſtim mutant, deſinuntque noſtræ eſſe. Inde, ſi ſtrictum ius ſpectes, nec perſequutio quidem ei, qui feram in ſuo fundo excitavit, permittitur. Et hoc ius ſtrictum Alemanni veteres ſequuti ſunt, cum hoc ſaltem temperamento, ut feram in alienum fundum fugientem tunc, quum illa præ laſſitudine aut vulnere concidit, aut ſubſiſtit, excitanti & perſequenti attribuant, ſin ſecus, domino fundi adſcribant. Vide *Ius provinciale Alemannicum cap.* 352. §. 6. 7. 8. 9. Benignius aliquantulum maiores noſtri, *Saxones*, excitanti ius perſequendi feram etiam non vulneratam aut laſſatam concedunt *in Speculo ſuo lib.* 2. *art.* 61. Quod ius ſequelæ in plerisque locis abolitum eſſe, ſcribit quidem *Schneidewinus ad* §. 12. *I. de Rerum diviſ.* ſed contradicunt ei *Webnerus Obſerv. pract. voc.* Förſt-Recht *circa finem*, item *Seckendorff* im teutſchen Fürſten-Staat *P.* 3. *c.* 3. *regal.* 5. *n.* 6. Certe in ducatu Meclenburgico ius ſequelæ expreſſa lege, in den Landes-*Reverſalien*, confirmatur. Idem ius in iis terris, in quibus leges Romanæ vigent, minus dubii habet, quum hæ leges cuilibet in alieno venari, ergo magis perſequi permittant. Itaque & in Gallia ius ſequelæ receptum eſſe, teſtatur *Renatus Choppinus de Legibus Andegav. lib.* 1. *c.* 22. *n.* 5. Verum circa hoc ius ſequelæ vehementer diſputatur, quid iuris ſit tunc, quum dominus, in cuius fundo perſequutio fit, feram, quam alter perſequitur, præoccupat. Alii cum *Schneidero de Iure præventionis circa venationem* §. 18. negant, dominum

 feram

feram præoccupare, atque ſic ius perſequendi intervertere poſſe. Alii cum *Sebaſtiano Medices de Venatione P. 2. quæſt.* 18. feram inter capientem & perſequentem partiuntur, addunt tamen, niſi vulnus feræ fugienti inflictum adeo lethale ſit, ut nihil accidere poſſit, quin ea capiatur a vulnerante. Denique alii ſecundum *L.* 5. §. 1. *de Adquir. rer. dom.* & §. 13. *I. de Rerum diviſ.* occupantem præferunt. Faciunt hoc *Pruckmannus de Venat. c.* 6. *n.* 17. *ſqq.* & *Bergerus in Reſolut. Lauterb. pag.* 700. cum quibus ego quoque ſentio. Perſequenti enim, poſtquam fera ex fundo eius exceſſit, dominium nullum in eam competit, ſed poteſtas ſaltem illam capiendi ex humanitate indulgetur. Ius ergo nullum in ipſam beſtiam habet, atque adeo nec dominum fundi, ſiquidem is dominio ſuo uti & feram capere malit, impedire poteſt. Ita quoque iudicarunt ICti Helmſtadienſes menſe Decembri anni CIↃ IↃ CCXVI. Daß Beklagter, ſeiner begangenen Exceſſe halber, zwanzig Thaler fiſcaliſche Strafe zu erlegen, die durch dieſen Proceſs verurſachte Unkoſten nach vorhergehender deren Liquidation und richterlichen Ermäßigung zu bezahlen, und in Zukunft bey Vermeidung 300 Reichsthaler Strafe ſich ſowohl aller Thätlichkeit gegen den Holtorffichen Jäger, als auch aller Eingriffe in die Holtorffiſchen Jagden vor ſich und die Seinige zu enthalten ſchuldig. V. R. W. Rat. dec. Ob wol dasjenige, was wegen des todt-geſchoſſenen Haſens vorgegangen, damit entſchuldiget wird, daß die Meklenburgiſche Landes-Reverſalien den Haſen, welchen die Hunde auf ihres Herrn Felde aufjagen, und in fremde Grenzen verfolgen, auch daſelbſt fangen, dem Herrn der Hunde zuerkennen, wannenhero es das Anſehen gewinnet, ob ſey Beklagter von der angeſtellten Klage zu entbinden, hingegen der Holtorffiſche Jäger, welcher deſſen Hund todt geſchoſſen, zu beſtrafen geweſen. Alldieweil aber die in den Landes-Reverſalien verſtattete, auch nach andern, ſon-

sonderlich den Sächsischen Rechten, übliche Jagd-Folge dem Eigenthums-Herrn die Macht, das verfolgte Wild auf seinem Grund und Boden selbst wegzuschiessen, nicht benimmt, da denn derjenige, welcher es würklich geschossen und gefangen, dem Verfolger billig vorgezogen wird, bey welcher Bewandniß Beklagter darinnen sonder Zweifel unrecht gehandelt, daß er dem Holtorffischen Jäger den Hasen, welchen seine Hunde in das Holtorffische Feld verfolget, dieser aber daselbst todt geschossen, mit Gewalt hinweg nehmen lassen, und ihn dabey mit dem Stocke geschlagen, endlich besagter Jäger nach so viel vorher gegangenen Warnungen einen von Beklagtens Hunden auf seines Herrn Feldern todt zu schiessen wohl befugt gewesen; So seynd wir bewogen worden, Beklagten angeregter Excesse halber in eine, jedoch wegen vorkommender Umstände, gar leidliche Geld-Busse und Erstattung der Unkosten zu vertheilen, anbey durch Andeutung einer härtern Strafe dem Jäger Sicherheit wider die ausgestossene Drohungen zu verschaffen, auch fernere Turbation der Holtorffischen Jagden zu verhüten.

XII.

Ius glandium & faginandi iuri venandi adnexum non est, sed ad dominum sylvæ spectat, nisi contrarium lege aut consuetudine alicubi stabilitum sit.

Acerrima est de fructibus sylvestribus, dem wilden Obst und Eicheln, contentio, utrum illi ad eum, qui venandi & forestæ iure gaudet, an ad sylvæ dominum pertineant. Optime & accuratissime hanc litem excussit *Harprechtus in Volum. IV. Responsorum criminalium & civilium resp.* 69. atque monet, ante omnia leges & consuetudines cuiusvis loci inspiciendas esse, quarum multas domino sylvæ favere,

favere, auctoritate ordinationis foreſtalis Würtembergicæ, Bavaricæ, Brunſvicenſis & Hohenloicæ, oſtendit. Quodſi autem leges eiusmodi provinciales ſeponamus, tum nihilominus pro ſylvæ domino pronunciandum eſſe cenſet, quum utique fructus, tam pendentes, quam ſeparati, in dubio domino attribui debeant. Nec obeſt, quod fructus eiusmodi feris, ne fame pereant, relinquendi, nec hæ, per glandis collectionem, fugandæ eſſe dicantur; nam hanc rationem proprietarium a iure ſuo non penitus excludere, ſed hoc ſolum aliquo modo reſtringere, docet, ac inſuper plurium Doctorum auctoritate ſententiam ſuam confirmat. Interim alii fructus ſylveſtres ei, qui iure venandi & foreſtæ gaudet, adſcribunt, quo nomine diverſos auctores laudat, ſed eos hypotheſi, nondum ad liquidum deducta, verum in circulum potius recurrente, quod facultas decutiendi & legendi glandes iuri venandi cohæreat, niti, ſimul admonet, id adiiciens, ſententiam illam ex Gailio male intellecto, imo in editione anni 1616. etiam corrupto, fere habere originem, quum tamen Gailius ſylvæ proprietario fructus ſylveſtres non plane abiudicet, ſed eum, in præiudicium domini foreſtalis, ius ſuum non nimis extendere debere, ſolum doceat, quæ ſententia, uti rationi eſt conſentanea, ita aliis auctoribus quoque probatur. Solidius quidem fundamentum ſententiæ ſuæ diſſentientes in longæva conſuetudine, quæ fructus ſylveſtres domino foreſtali tribuat, reperiſſe exiſtimant. Verum conſuetudinem illam iactari quidem, ſed non probari, demonſtrat; imo tantum abeſſe evincit, ut generali conſuetudine ſententia illa firmata ſit, ut potius in pleriſque locis contraria iura, vel ſcripta vel non ſcripta, obtineant, Gailius etiam & Friderus, quorum auctoritate diſſentientes potiſſimum nituntur, conſuetudinem talem minime afferant, ſed domino foreſtali fructus competere, ſi longa conſuetudine

dine ius illud acquisiverit, solum doceant, inter quae duo magnam esse differentiam, nemo non videat. Ex his rationibus facile refelluntur eae, quas *Strykius in Usu moderno de Glande legenda* §. 3. 4. 5. pro contraria sententia adfert. Interim negari nequit, hanc, pro qua Strykius pugnat, maiori ICtorum parti placuisse, ut eam in multis provinciis receperint, atque nonnulli lege quoque firmari fecerint. De Marchia Brandenburgica hoc testatur *Muller in Resolutione Marchica* 201. *n.* 13. 14. 15. de ducatu Magdeburgico *Herold in Observ. forestali* 13. *n.* 9. secundum quem ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CC XVI. iudicarunt: Daß es zwar bey dem am 25. Jan. 1716. ertheiltem Bescheide verbleibet, jedoch mit dieser Erklärung, würde Intervent den wegen der Jagd-Gerechtigkeit übernommenen Beweis gebührend vollführen, so ist er in puncto iuris saginandi mit mehrern Beweise zu verschonen, wannenhero auch demselben, diesen letzteren bis zu Austrag der Jagd-Sache auszusetzen, frey stehet. V. R. W. Rat. dec. Es beschweret sich Intervent, daß ihm in angeführtem Bescheide der Beweis des iuris saginandi aufgebürdet worden, da ihm doch der streitige Ort eigenthümlich, folglich auch das Recht der Mastung, als ein ungezweifeltes accessorium dominii, zustehe, demnach vielmehr Intervenientem, welcher solches ableugnet, obliege, sein vermeyntes ius prohibendi beyzubringen. Nun ist zwar die Meynung, daß die Mast nicht demjenigen, welcher das Gehege und die Forst-Gerechtigkeit hat, sondern dem Eigenthums-Herrn der Bäume gehöre, den principiis der gemeinen Rechte viel gemässet, gestalt solches Harprecht mit gutem Grunde ausführet, und, daß die widrige Opinion weiter kein Fundament, als in auctoritate unterschiedener Rechts-Lehrer habe, deutlich zeiget, wannenhero es denn das Ansehen gewinnet, ob sey die wider Leuteranten, welcher sich in libertate naturali, dem gemeinen Rechte und iure dominii gründet, angestellte Interventions-

Klage eigentlich actio confessoria, und müsse also Intervenient den Grund derselben, daß nemlich obbesagtes gemeine Recht durch ein contraires Statutum, Gewohnheit oder auf andere Art aufgehoben worden, zuforderst beweisen. Alldieweil aber die widrige Meynung, daß nemlich die Mast zum Forst und Gehege gehöre, nicht allein communis und constans von *Strykio in usu moderno tit. de Glande legenda* §. 4. genennet wird, sondern auch in specie im Herzogthum Magdeburg per immemorialem præscriptionem eingeführet ist, immassen *Herold in observatione forestali* 3. *n.* 9. vermittelst dreyer vom Dom-Capitel zu Magdeburg ertheilten attestatorum behauptet, überdies die Magdeburgische Holtz- und Jagd-Ordnung *Sect.* 2. allemal die Jagden und das Mast-Recht, wenn schon von eines Unterthanen eigenthümlichen Gehöltzen die Rede ist, zusammen setzet, also obangeführte Meynung nicht wenig bestärket, bey welcher Bewandniß Intervenient eben die præsumtion, welche in Jagd-Sachen vor ihm militiret, auch allhier vor sich hat, demnach, als in actione negatoria, mit dem Beweise nicht beschweret werden mag; so haben wir von vorigem Bescheide abzuweichen keine Ursach gefunden. Unterdessen, da wir ex Actis wahrgenommen, daß Intervent auch der Jagd-Gerechtigkeit halber an eben diesem Orte in Procefs verfangen, und bereits den Beweis solcherwegen übernommen, so haben wir dafür gehalten, daß, wenn er das ius venandi gebührend beybringen sollte, das ius saginandi aus selbigem und dem ihm unstreitig zustehenden Eigenthume nothwendig fliesse, folglich sodann kein weiterer Beweis vonnöthen sey, weshalben wir ihm den Beweis des iuris saginandi bis zu Austrag der Jagd-Sache auszusetzen freygestellet.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXLII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. I.
DE
INVENTIONE.

I.
Inventio rerum mobilium adhuc hodie modus adquirendi dominii privatus est.

De inventione rerum in mari & littore maris iacentium agitur in §. 18. *I. de Rerum divis. L.* 3. *de Divisione rerum* & *L.* 1. §. 1. *de Adquir. vel amitt. possess.* dominiumque earum inventori adscribitur. Quod in his textibus de mari & littore maris dicitur, ad omnia loca, quae publici iuris nec privatorum aut fisci dominio attributa sunt, pertinet. Ergo si quis quid in flumine, monte, loco inculto reperiat, quod nullius adhuc fuit, hoc suum facit. Verum, si plerisque iurium nostrorum interpretibus credas, inventio iam diu modus adquirendi dominii privatus esse desiit. Ita certe *Strykius* & ex eo *Hoppius ad* §. 18. *I. de Rerum divis. in Usu hodierno* aiunt: *Hodie hic acquirendi modus exiguae admodum videtur esse utilitatis, cum, uti littorum usum, sic quoque ea, quae in littoribus inveniuntur, ut & ius apprehendendi res, quae in nullius dominium iuxta naturam suam pervenere, communiter fere regalibus suis adscripserint Principes. Inde non amplius succinum colligere licet cuivis in Borussia, sed specialis ad id a superiore requiritur permissio, de quo vid. Ius provinc. Pruten. L.* 3. *tit.* 1. *art.* 3. §. 3. Male haec cohaerent cum principio isto, quod *iidem ad* §. 2. *I. de Rerum divis. in Usu hodierno* proponunt: *Quousque Princeps usum rerum publicarum non restrinxit, vel diserte prohibuit, eousque adhuc hodie eodem modo, quo iure Ci-*

 vili,

vili, videtur conceſſus. Rat. *Quia uſus illarum rerum ab initio liber fuit, & omnibus ex populo competiit; reſtrictior autem factus per ſupervenientem prohibitionem principis; Atqui vero princeps univerſum earum uſum non ſuſtulit, nec tollere potuit, ſed in aliquibus duntaxat reſtrinxit, aut certos uſus interdixit, ut adeo, ubicumque nulla præceſſit reſtrictio, vel prohibitio, ibi nec hodie denegari debeat liber eiusmodi rerum uſus.* Atque hoc principium æquitati naturali longe convenientius eſt. Extenderunt poteſtatem ſuam principes iam plus ſatis. ICtos ergo illam amplificare, & ad res, de quibus principes nec cogitarunt, proferre haud decet. Fac igitur, principem in Pruſſia ſibi ſuccinum adſcripſiſſe. Idem tamen in Pomerania, ubi talis lex haud adeſt, inventori cedit. In Saxonia & ceteris, quas novi, Germaniæ provinciis aurum ex fluminibus publicis colligere nemo prohibetur, etiam principe inconſulto. Et in Bohemia gemmas nitidioresque lapillos inveſtigare & ſibi adquirere quilibet poteſt.

II.

Theſauri priſco iure Germanico ad fiſcum pertinebant, hodierno privatis relinquuntur.

Inventio theſauri de iure Romano eſt modus adquirendi dominii privatus. Atque hoc iuri etiam naturæ convenire, fatetur *Grotius de Iure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 8. §. 7. ſed addit, nunc ius commune & quaſi gentium eſſe, ut theſaurus principis ſit, atque, hoc in Germania, Gallia, Anglia, Hiſpania & Dania obſervari, adfirmat. Et Galliæ quidem Angliæque antiquas hac de re leges chartasque memorat *du Fresne in Gloſſario mediæ & infimæ latinitatis art. Theſaurus.* De Hiſpania quoque et Dania num verum dixerit *Grotius*, non inquiram in præſens. De Germania vero noſtra res dubia eſt admodum. Si priſcum ius ſpectes, hoc theſauros ſine dubio fiſco regis adſcribit. Clariſſime *Ius Suevicum cap.* 218. §. 1. Wer Schaz under die Erd begrebet

tiefer

tiefer denn ein Pflug gat, der gehört zu dem Königlichen Gewalt. Equidem *Thomasius in notis ad Institut. Iustin. tit. de Rerum divisione p.* 145. ius Suevicum sibi ipsi non constare, atque aliis in locis thesaurum inventori, qui eum in fundo proprio reperit, attribuere, ait. Provocat nempe ad *cap.* 388. & 389. quibus capitulis ego nihil, quod *capitulo* 218. contrarietur, animadverto. Sic enim in *Goldasti* editione, qua Thomasius etiam usus esse videtur, legitur: Und ist daß jemand icht vint uff synem eygen Gut, das ist syn mit recht, ob er es under der Erd nit findet, und das Erdrich syn eygen ist. Und findet ein Mann Gut an einer fremden statt, die ihm nit zu stat: Wes das Erdrich ist, da das Gut uff funden ward, deß ist auch das Gut. Das bewert das heylig Evangelium, das spricht also: Das Himmelrych gleychet einem Acker, do der Schatz in lyt verborgen, wann den ein Mann vindt, der verkauft alles syn Gut, und kauft den Acker, daß ihm der Schatz werd. Er soll dem Vinder den viertheil geben, das ist syn recht. Vindet ein Mann Gut uf freyer Strassen under der Erden, das ist des Rychs: Und dem Vinder soll auch der vierdte Theyl werden. Und vindet ein Mann Gut uff der freyen Strassen über der Erde, dasselbig soll er dem nächsten Pfarrer geben zu behalten. &c. Vides, hic thesaurum in terra defossum a rebus in superficie terræ iacentibus distingui, hasque solas domino soli adiudicari. Verba clara sunt: Ob er es under der Erd nit findet; item: Weß das Erdrich ist, da das Gut uff funden ward. *Schilterus* tamen *Exerc. ad Pandect.* 45. §. 32. alios iuris Suevici codices commemorat, in quibus *cap.* 218. plane non reperiatur, *capita* vero 388. & 389. in *capite* 320. prorsus immutata habeantur, & loco verborum: Ob er es under der Erden nit vindet; positum sit: Ob er es under der Erden vindet. Sed quidquid sit de iure Suevico, *ius Saxonicum vetus lib.* 1. *art.* 35. clare satis: Alle Schätze unter der Erden begraben, tiefer als ein Pflug gehet, gehören

zu der Königlichen Gewalt. Quae verba de thesauris aperte agunt, ut recte observat *Bacbovius ad Treutlerum vol. 2. disp. 20. §. 2. lit. G.* benigne tamen Elector Saxoniae in *Const. 53. Part. 2.* locum istum de metallifodinis explicavit, atque thesauros privatis inventoribus adscripsit. Itaque postquam in ipso Saxoniae electoratu ius priscum Germanicum sublatum est, in aliis autem Germaniae provinciis ius Romanum viget, & specula illa antiqua patria prorsus obliterata sunt, hodie secundum leges Romanas de thesauris iudicandum est, nisi nova lex alicubi eos fisco adscribat.

III.

Qui thesaurum in confinio invenit, partem in sua terra iacentem solus retinet, partem alteram cum vicino dividit.

Inter varias, quae passim de thesauris recensentur, lites ea mihi maxime memorabilis videtur, quam *Montfaucon in Diario Italico pag.* 245. his verbis narrat: *In qua via habitant fidium artifices, proxime palatium Cancellariae, tempore Iulii Papae III. memini repertam fuisse sub cella vinaria Pompeii statuam marmoream, palmorum quindecim (id est, pedum regiorum decem) in cuius collo fundabatur medianus murus: ita ut caput exstaret in domo vicini eius, qui fodiendo reliquam statuam detexerat. Hinc lis inter ambos exoritur: nam uterque laesae statuae dominum arbitrabatur. Qui statuam repererat, pugnabat suam esse, quam invenisset ipse, & cuius maxima pars in aedibus esset suis. Alter contendebat ad se pertinere statuam, cuius caput, nobilior scilicet portio, penes se domi esset; ex quo, cuius icon esset, dignoscebatur. Cum diu hac de re litigassent, decrevit demum imperitus iudex, ut excisum caput alter acciperet, alter vero truncum obtineret, atque ita singuli, quae domi tenebant, impetrarent. Miserum Pompeium! Annon satis erat caput ipsi a Ptolemaeo amputatum, ut etiam marmorea eius statua in simile periculum veniret? At cum tam stulti iudicii fama ad Cardinalem Capo di ferro devenisset, abscissione supersedere iussit,*

iussit, Iuliumque Papam adiens rem ei denunciavit. Tum immanem sententiam miratus Pontifex, iussit quam primum erui ad seque deferri statuam; &, ni labor memoria, quingentos inter partes dividendos nummos solvit, statuamque Cardinali Capo di ferro dono obtulit. Pontifice digna sane sententia, opusque ferreo capiti congruens, in cuius ædibus ad pontem Sixtum statua consistit. Statuam hanc thesauri iure censendam fuisse non dubito. Etsi enim Paulus in definitione thesauri pecuniam requirat, *L.* 31. §. 1. *de Adquir. rerum domin.* pecuniæ tamen vocem ex *L. un. C. de Thesauris* de omnibus mobilibus explicandam esse, alii iam observarunt. Quæstio ergo eo redit, an quis thesaurum in suo quidem, sed in confinio, repertum adquirat totum, an vero cum vicino, in cuius fundo pars reperta fuit, dividere cogatur. Et dividendum esse thesaurum, atque eatenus iudicem Romanum recte iudicasse, censeo. Eundem tamen in duobus aberrasse, credo; primum, quod totam illam partem, quæ in vicini cella iacuerat, huic adiudicarit. Oportuisset semissem eius partis adiudicari. Nam omne id, quod in suo repererat inventor, inventoris erat; idem quoque dimidium eius, quod in alieno solo requiescebat, inventionis iure sibi vindicare & domino alteram solum partem relinquere poterat. Deinde quoque in eo fœdissime lapsus est iudex, quod statuam pro re dividua reputarit. Erat illa sine dubio, & quidem naturaliter individua. Naturaliter scilicet individuum est, quod sine detrimento & imminutione æstimationis in partes dispesci nequit, cuiusque partes distractæ simul consideratæ tantum non valent, quantum integra res valebat. Vide *Præsidis Specim. CXVI. de rebus hereditariis uni adiudicandis med.* §. Recte ergo fecisset iudex, si statuam vero pretio æstimatam ipsam quidem inventori, ad quem maior pars pertinebat, reliquisset, arg. *L.* 34. §. 2. *C. de donat.* hunc vero simul quadrantem pretii vicino solvere damnasset.

SPE-

SPECIMEN CCCCXLIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

REBVS DERELICTIS.

I.

Res immobiles derelictæ a privatis occupari possunt, & titulus Codicis de omni agro deserto adhuc in usu est.

Miratus sæpe sum sterilitatem ICtorum nostrorum in doctrina de rebus derelictis, argumento nobili & tam in vita communi quam in iudiciis frequente. Cuius rei caussam hanc esse deinde animadverti, quod, qui de hac materia scripsere, saltem derelictionem rerum mobilium explicant, de rebus vero immobilibus vel plane tacent, vel duo vix verba dicunt. Fateor autem, res mobiles rarius derelinqui, atque adeo controversias de iis vix unquam oriri. Certe Præses nullam sibi, quamdiu iuri dicundo & respondendo operam dederit, obvenisse reminiscitur. Contra res immobiles quotidie deseruntur, ac innumeras lites excitant. Et exstat de iis in *libro XI. Codicis Iustinianei* titulus *de omni agro deserto*, ad quem iudices in decisione harum litium recurrere oportet, quantumvis non ignorem, esse, qui de usu eius tituli dubitent. Præsidi meo, ut is mihi narravit, quum aliquando in illustri collegio de caussa quadam referret, & decisionem eius ex modo memorato titulo peteret, obiectum fuit, postremos tres Codicis libros, in quibus titulus hic reperiatur, nullam in foro auctoritatem habere. Caussam huius obiectionis diu requisivi, nec reperire potui, donec in *Struvii Bibliothecam iuris* incidi, atque hæc in c. 6. §. III. apud eum legi: *Hoc proprium est antiquorum, ut tres*

tres posteriores Codicis libros communi fere ratione omitterent, idque partim, quod ad statum recentiorem parum conducerent; partim etiam, quod ius publicum Romanorum, quod iisdem continetur, ipsis plane esset ignotum. Et ipse multa in his tribus libris agnosco, quæ Germaniæ nostræ statui vix conveniunt. Quædam tamen conveniunt optime, in quibus regula locum habere debet, quod utile per inutile non vitietur. Licet etiam ex priscis commentatoribus nonnulli istos tres libros non attigerint, ii tamen, qui auctoritate ceteris præstant, eos attigerunt, *Azo*, communis præceptor, discipulus eius *Accursius*, Glossæ auctor, & *Bartolus*. Quæ quum ita sint, non dubito, quin adhuc hodie privati prædia deserta occupare dominiumque eorum adquirere queant. Ita certe ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃIↃCCXXIV. iudicarunt: Daß Beklagter von angestellter Klage zu entbinden, und Klägere demselben alle verursachte Unkosten zu bezahlen schuldig seynd. V. R. W. Rat. Dec. Beklagter hat vermöge Rechts-kräftigen Urthels zu beweisen übernommen, daß er die streitige Länderey iusto titulo an sich gebracht. Nun vermeynen zwar Klägere, er habe dieses nicht gebührend beygebracht; wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätte Beklagter zu Abtretung der Länderey und Erstattung aller daraus gehobenen Nutzungen condemniret werden sollen. Alldieweil aber aus dem Zeugen-Verhöre deutlich erhellet, daß Klägere das ganz ruinirte, verschuldete und unter den Gläubigern vereinzelte Guth, nachdem sie solches länger zu erhalten und zu bauen nicht vermocht, verlassen, Beklagter hingegen dasselbe in schlechtem Zustande angenommen, bebauet, verbessert und ziemlich von Schulden befreyet, mithin wenigstens titulum pro derelicto vor sich hat, und dem bono publico und Landesherrlichen Interesse höchst nachtheilig seyn, auch andere Leute von Annehmung wüster Güther abschrecken würde, wenn man den vorigen liederlichen und davon gelaufenen Hauswirthen verstatten

wollte,

wollte, diejenige, welche die verlassene Stätte mit Fleiß und Kosten wieder in Stand gesetzet, mit Processen zu fatigiren, und sich in die von andern restituirte Güther wieder einzudringen; so haben wir Beklagten von angestellter Klage entbunden, und die muthwillige Klägere, welche überdies ihr an Königliche Majestät gerichtetes Memorial mit lauter Unwahrheiten angefüllet, in die Unkosten verdammet.

II.

Occupatio prædii ab initio vitiosa per derelictionem domini convalescit.

III.

Ad probandum animum derelinquendi non ordinaria praescriptio requiritur, sed biennium sufficit.

Dominus prædii obærati & inculti, quum ipse id tueri non posset, amico cuidam hoc in iudicio donat. Sed quum donatarius nec debita nec tributa solveret, atque culturam negligere pergeret, iudex commotus tandem omnes, quorum interesset, edictali citatione convocat, ac, quum nec sic quidquam proficeret, prædium hastæ publicæ subiicit & plus licitanti addicit. Sed in ista edictali citatione & in subhastatione varie peccarat, & multa ex his, quæ leges præcipiunt, omiserat. Emtor tamen, homo simplex, horum ignarus & auctoritate iudicis fretus prædium occupat, ædificia collapsa restituit, agros incultos fertiles reddit, debita solvit, tributa pendit. Spectat hæc tacitus ille, cui prædium donatum fuisse supra dixi, tandem elapsis plus quam viginti annis, ubi omnia egregie florere videt, adest, prædium vindicat. Opponit possessor addictionem sibi sub hasta factam; sed respondet actor, totam subhastationem & addictionem, quum neutra secundum leges facta sit, nullam esse. Vrget porro reus silentium tot annorum. Respon-

ſpondet iterum actor, in ſua provincia ius Saxonicum obtinere, quod XXX. annos in præſcriptione rerum immobilium deſideret. Actis ad ICtos Helmſtadienſes menſe Februario anni CIↃ IↃ CCXVIII. delatis, hi exceptionem derelictionis, quæ advocato rei in mentem non venerat, ſuppleverunt, atque contra actorem iudicarunt. Movit eos inprimis boni publici ratio. Intereſt enim maxime reipublicæ, ut agri, domino ceſſante, deſerti ad privatum pariter publicumque commodum excolantur, ac boni & ſeduli cultores in poſſeſſionibus ſuis conſerventur, nec expulſione illorum alii a cultura fundorum vacuorum abſterreantur. Accedit & legum civilium auctoritas. Conſtat nempe ex *L. 5. pr. pro derelicto*, titulum derelictionis etiam illi prodeſſe, qui rem alio titulo, ſed non ſufficiente aut vitioſo, primum acquiſivit. Deinde, quod ad præſcriptionem attinet, ordinarium illud tempus, quod in adquiſitione aliarum rerum deſideratur, in rebus derelictis haud requiritur. Ibi enim biennium ſufficit, quo elapſo, vetus dominus ſecundum *L. 8. C. de Omni agro deſerto* omnis poſſeſſionis & dominii iure privatur. Sed adnectam ipſas rationes decidendi a ICtis Helmſtadienſibus ſententiæ ſuæ ſubiectas: Es hat zwar Kläger ſo viel beygebracht, daß durch die von Gerhard Seelhauſen, deſſen Schwager und abweſenden Bruders Curatore gethane auch im Amte Friedeburg ad interim beſtätigte Schenkung, wo nicht ein völliges Eigenthum, wenigſtens ein älteres Recht, als Beklagte haben, auf ihn transferiret worden, folglich die angeſtellte Klage nach der Natur der actionis publicianæ ſattſam gegründet ſey, bey welcher Bewandniß, und da der Beklagten Recht viel neuer, auch bey der Citation, Præcluſion, Subhaſtation und Adiudication nicht eben alle von den Rechts-Lehrern erfoderte Stücke ſo gar genau in Acht genommen worden, es das Anſehen gewinnet, ob wären gedachte Beklagte zu Abtretung des libellirten Guthes anzuhalten geweſen. Alldieweil aber das Guth

zur Zeit der anno 1686. geschehenen Schenkung wüste und mit Schulden behaftet gewesen, und das Amt eben zu dem Ende, damit gedachtes Guth wieder zu Stande gebracht würde, in die Schenkung gewilliget, Kläger aber nichts desto weniger selbiges ferner liegen lassen, und dadurch das Amt gemüßiget, die Interessenten bey dem Guthe anno 1687. edictaliter sub præiudicio vorzuladen, welche Citation denn zu Klägers Wissenschaft gelanget, also, wenn selbige gleich nicht ganz legal gewesen wäre, ihn den Rechten nach obligiret, immassen er denn auch seine Erklärung darauf, daß er nemlich das Guth in Schwang und Anbau bringen welle, vom 19. Nov. 1687. eingeschicket, da ihm denn bekannter massen obgelegen hätte, sich um die von dem Amte auf sein Ansuchen ertheilte Resolution zu bekümmern, derselben wie auch seinem Versprechen ein Genügen zu thun, welches er alles negligiret, und dadurch das Amt bewogen, zu Erhaltung der Landesherrlichen Interesse das ohnedeß mit Schulden über den wahrhaften Werth beladene Guth zu subhastiren, den Meistbietenden zu überlassen, und die Eigenthümer zu præcludiren, welches alles, wenn es schon Klägern in so langer Zeit nicht bekannt worden, ihm nichts destoweniger wegen seiner aus allen Umständen hervor leuchtenden unverantwortlichen Negligenz nachtheilig seyn muß, worzu ferner kommt, daß Kläger von anno 1687. an stille gesessen, wie Beklagte sich des Guthes angenommen, die Schulden bezahlet, die Onera abgeführet, und es wieder in Stand gebracht, mit angesehen, und sich endlich anno 1712. mit seinem vermeynten, allein längst derelinquirten Recht, gemeldet, und die in optima fide stehende Beklagte durch allerhand wider den Subhastations-Proceß gemachte Chicanen und Ableugnung dessen, was in gerichtlichen Registraturen enthalten, aus dem Guthe zu stossen gesuchet, worinnen er jedoch die Billigkeit, fidem hastæ iudicialis, die deutlich hervor leuchtende Dereliction seines iuris, die allgemeine Kayserliche Rechte *in tit. C. de omni agro deserto*, und die Landes-Gesetze wider sich hat; So haben wir

Digitized by Google

wir voriges Urthel nicht unbillig bestätiget, Klägern auch in Ansehung dieser offenbaren Ungerechtigkeit, wovon ihn das durch Vorstellung lauter favorablen Umstände erschlichene Responsum nicht befreyet, abermal in die Unkosten vertheilet.

IV.

Iudex prædia deserta ei, qui se illa suscepturum & culturum profitetur, sine omni solemnitate aut prævia subhastatione addicere potest.

V.

Proximus derelinquentis cognatus prædium derelictum & ab altero occupatum retrahere nequit.

Possessor prædii, importunis creditorum suorum flagitationibus fatigatus, publice declarat, se solvendis debitis & colendis agris imparem prædio cedere. Adest mox alter, qui suscepturum se illud profitetur, iudicemque, ut id æstimet sibique addicat, orat. Paret iudex, consentientibus creditoribus, & de nominibus suis cum novo possessore transigentibus. Intrat igitur novus possessor villam, satisfacit creditoribus, instaurat ædes, agros colere incipit. Verum anno nondum elapso, supervenit derelinquentis filius, negat iudicem in addictione paterni prædii legitimum ordinem servasse, oportuisse se ante omnia in ius vocari & audiri, deinde prædium ipsum hastæ publicæ subiici, ac plus licitanti addici. Porro, ait, si etiam omnia legitime peracta fuerunt, ego tamen proximus prioris possessoris heres retractum gentilitium habeo, atque prædium derelictum meo iure revoco. At ego, & iudicem hic recte processisse & retractui locum non esse, existimo. Iudex scilicet nihil ex his, quæ *leges* 11. & 14. *C. de Omni agro deserto* in addictione prædiorum derelictorum requirunt, omiserat. Nulla ibi subhastationis mentio fit. Nec filium vocari

 necess-

necessum erat, postquam pater omni se iure suo abdicarat, quod utique moribus nostris sine liberorum heredumve consensu facere potest. Retractus vero propterea locum non inveniebat, quod is in solis venditionibus & similibus contractibus admittatur, non in aliis negotiis, atque adeo nec in derelictione, secundum *Zoesium de Retractu n.* 85. Cessat porro retractus, quoties res iudicialiter, & ex caussa necessaria alicui adiudicatur, arg. *L.* 2. *C. Si propter publicas pensitationes*, id quod pluribus ostendunt *Tiraquellus de Retractu glossa* 14. *n.* 8. & *Berlichius P.* 2. *concl.* 39. *n.* 66. Consentiunt mecum ICti Helmstadienses, qui sic mense Augusto anni CIↃIↃCCXVIII. iudicarunt: Daß Beklagter von der angestellten Klage zu entbinden, immassen er hiermit davon entbunden, und die beyderseits verursachte Unkosten gegen einander aufgehoben werden. V. R. W. Rat. dec. Es erhellet aus dem in erster Instanz am 5. May 1713. gehaltenen Protocollo, daß Klägers Vater wegen dringender Schulden sich erkläret, er könne dem Hofe nicht mehr vorstehen, also selbigen derelinquiret, Beklagter hingegen sich erboten, solchen taxato anzunehmen, worauf die Taxation geschehen, der Vergleich mit den Brandeschen Gläubigern getroffen, die Meyer-Briefe von dem Guthsherrn an Beklagten ausgestellet, und Beklagtem das Guth gerichtlich zugeschlagen worden. Bey solcher Bewandniß fällt dasjenige, was Kläger zum Grund seiner Klage gesetzet, insgesamt hinweg, und ist den actis ganz zuwider, daß Beklagter das streitige Guth nur als Vormund angenommen, immassen auch bey der an denselben geschehenen Adiudication unvonnöthen gewesen, des Klägers Vater, welcher sich von dem Guthe losgesagt, oder den Kläger selbst, der nach seines Vaters Renunciation kein Recht mehr daran gehabt, zu adciren, vielweniger die Subhastation, nachdem die Gläubiger mit der blossen Adiudication zufrieden gewesen, vorzunehmen; und würde es sehr unbillig seyn, auch zu nicht geringer Verkleinerung des

gerichtlichen Ansehens gereichen, und die Leute in Zukunft von Annehmung der wüsten und verlassenen Güther abschrecken, wenn man dergleichen bona fide und auctore iudice getroffene Handlungen umstossen, und denjenigen, welcher auf solche Art ein verlassenes Guth an sich gebracht, Kosten aufgewendet, die Gläubiger abgefunden, und alles wieder in guten Stand gesetzet, heraus werfen wollte. Zwar meynet Kläger, es müste ihm, als des vorigen Besitzers Sohne, wenigstens das ius proximitatis und retractus zu statten kommen. Allein auch diesem stehet im Wege, daß 1) der Vater das Guth eigentlich nicht verkaufet, sondern wegen grosser und dessen Werth übersteigenden Schulden verlassen und sich davon loßgesaget, hiernächst 2) der Richter das verlassene Guth dem Beklagten zugeschlagen, ferner 3) der Retractus der Freyheit der Commerciorum zuwider laufet, folglich odieus ist, und so viel als möglich eingeschränket werden muß. Diesemnach seynd wir, Beklagten von der angestellten Klage völlig loszusprechen, jedoch, weil Kläger unterschiedenes, insonderheit zwey Sententias, vor sich gehabt, die Unkosten gegen einander aufzuheben, bewogen worden.

VI.

Prædio deserto servitus imponi nequit.

VII.

Imposita tamen, accedente XXX. annorum præscriptione, adquiritur.

Hactenus de adquirendo rerum derelictarum dominio dictum. Alia est ratio servitutum. In his nihil prorsus interest reipublicæ, quum prædia deserta per servitutis

vitutis impoſitionem nec cultiora, nec oneribus publicis ferendis idonea efficiantur. Quin imo abſterrentur magis alii a ſuſcipiendis colendisque fundis, quos ſervitutibus onerari vident. Itaque non eſt cuiuis liberum, prædio vacuo ſervitutem imponere. Sed, ſi quis deinde id ſuſcipere & colere paratus ſuperveniat, hic ad ſervitutem præſtandam haud obligatur. Addo tamen limitationem, niſi præſcriptio tricennaria acceſſerit. Quum enim ſervitutum præſcriptio eodem modo, quo rerum immobilium, procedat, *L. ult. C. de Præſcript. longi temp.* res immobiles autem absque omni titulo triginta annorum uſu adquirantur, *L. 3. l. 8. §. 1. C. de Præſcriptione XXX. vel XL. annor.* idem ad ſervitutes extendimus. Id quod magis etiam tunc obtinebit, quum ipſe dominus, qui fundum ſuum diutiſſime neglexit & vacuum iacere paſſus eſt, poſt longiſſimum tempus ad eum revertitur. Is quippe ſervitutes interim a vicino impoſitas & per XXX. annos exercitas nequit recuſare, ac fruſtra negligentiam ſuam pro declinando onere allegabit. Sic ICtos Helmſtadienſes menſe Iulio anni CIↃ IↃ CC XX. iudicaſſe, Præſes mihi retulit: Daß Kläger wol berechtiget, das Waſſer von ſeinem Hofe in des Beklagten Haus zu leiten, und die beyderſeits verurſachte Unkoſten gegen einander aufzuheben ſeynd. V. R. W. Rac. dec. Kläger prætendiret durch des Beklagten Haus ſervitutem aquæductus, und hat die Ausſage zweyer eydlichen Zeugen vor ſich. Nun wendet zwar Beklagter dagegen ein, es ſey der Platz wüſte gelegen, und von niemanden beobachtet worden, wannenhero die Nachbarn keine ſervitut auf demſelben erlangen können. Alldieweil aber der erſte Zeuge deutlich ausſaget, daß das Waſſer aus Klägers Hofe vor mehr als dreyßig Jahren vermittelſt einer gepflaſterten Rille nach und nach in Beklagtens Haus-Platz gefloſſen, ferner der wüſte Platz,

so lange er wüste gelegen, einen Herrn gehabt, also durch dessen facta und entweder ausdrückliche oder stillschweigende Concession gar wohl mit einer servitut beschweret werden können; so haben wir nach Inhalt unsers Urthels erkannt.

VIII.

Derelinquens quod ad rem derelictam pro mortuo reputatur.

Qui rem derelinquit, omnis possessionis & dominii iure carere iubetur in *L.* 8. C. *de omni agro deserto.* Igitur quod ad illam rem, quam deseruit, civiliter interiisse dicendus est. Id quod illustri exemplo nunc confirmabo. In tabulis *pacis Osnabr. art.* 5. §. 26. hæc leguntur: *Omnia monasteria, fundationes & sodalitia mediata, quæ die prima Ianuarii, anno millesimo sexcentesimo vigesimo quarto, Catholici realiter possederunt, possideant & ipsi similiter, utut in Aug. Confessionis Statuum territoriis & ditionibus ea sita sint, non tamen in alios religiosorum ordines, quam quorum regulis primitus dicata sunt, commutentur; nisi talium religiosorum ordo plane interciderit. Tunc enim Magistratui Catholicorum liberum, ex alio in Germania ante dissidia Religionis exorta usitato ordine novos religiosos substituere.* Contigit vero in facto, ut familia quædam religiosa monasterium quoddam suum in terris principis evangelici situm, cuius membra omnia vel mortem obierant vel sponte emigraverant, desereret. Tum vero episcopus in id monasterium ecclesiasticæ iurisdictioni suæ subiectum aliam familiam religiosam ex antiquis inducere cogitat. Intercedit princeps evangelicus, nec posse hoc episcopum, nisi ordo religiosus, qui monasterium hucusque tenuerit, plane intercidat, ait. Contra episcopus negat vocem: *interciderit*; in tabulis Osnabrugensibus positam captari oportere. Mens, ait, paciscentium sat clara est. Voluerunt illi ante omnia religioni catholicæ prospicere, ac, ne quod mona-

sterium ab illa abstrahatur, impedire, deinde & ordini religioso, qui olim id monasterium possederit, providere, ne is iure possessioneque sua spolietur, denique Iesuitis aditum in terras protestantium intercludere. Vox itaque illa: *intereiderit;* in favorem ordinis religiosi adiecta invito necessitatem non imponit monasterium istud cum maximo incommodo suo retinendi, novasque in id colonias ex ceteris suis monasteriis, quorum vix duo aut tria in tota Germania reperiuntur, mittendi. Natura favoris est, ut quis ei pro lubitu renunciare possit. Sed per hanc renunciationem saltem ius ordinis renunciantis tollitur, religioni vero catholicæ & episcopo, in cuius dioecesi monasterium est, haud nocetur. Nam, si hic monasterium alteri ordini non addicat, quid de ædificiis, de agris, de pratis, de nemoribus fiet? Scilicet vacua incultaque iacebunt omnia eousque, donec sæpe memoratus ordo plane exstinguatur. Hæc episcopus. Contra princeps, verba: *nisi plane interciderit;* clara esse, nec interpretatione egere, se quoque curaturum, ne ædificia collabantur & ne fructus pereant, respondet. In hac disputatione arbitri sumti ICti Helmstadienses mense Septembri anni clɔ Iɔ ccxv. fluctuarunt primum, liceretne sibi de controversia hac iudicare, &, quod nec imperator quidem solus secundum *pacem Osnabr. art.* 8. §. 2. & *Capitulat. Caroli VI. art.* 2. potest, legem publicam interpretari. Sed facile hic scrupulus eis exemtus est, postquam considerarunt, in modo memoratis legibus de interpretatione authentica, quæ non tam interpretatio quam novum ius est, agi, interpretationem vero doctrinalem iis, qui iura docendi, explicandi & respondendi facultatem acceperunt, denegari non posse, eandem in infinitis libris commentariisque a privatis doctoribus publice editis fieri, tolerari atque etiam comprobari, nec cuiquam per illam noceri, quum interpretatio haec legem non det, sed privatam

tam ſaltem doctoris aut collegii cuiusdam opinionem aperiat, ceteroquin vero partibus litigantibus libertatem relinquat, ab ea recedendi ac authenticam Imperatoris ordinumque imperii interpretationem flagitandi. Reſponderunt igitur & adſenſerunt epiſcopo, quod huius rationes potiores eſſe propiusque ad mentem paciſcentium accedere viderentur. Adnectam ipſa reſponſi verba: Quæritur, quid iuris futurum ſit in caſu, quo monaſterium aliquod ruinæ & interitui proximum intercidat, mortuis vel forte emigrantibus religioſis ibidem reſiduis. Clara hic eſt *Pacis Weſtphalicæ in art.* 5. §. 26. iunctis §. 31. & 32. diſpoſitio, ne quid ſcilicet ex iuribus, quæ Catholici vel Evangelici anno 1624. habuerunt, immutetur. Quodſi itaque monaſterium iſtud dicto tempore eccleſiaſticæ iurisdictioni & liberæ diſpoſitioni epiſcopi catholici unice ſubſuit, nihil ex hac eius poteſtate diminuendum eſt. Neque per interitum monaſterii res in alium ſtatum devenit, ſed ius iſtud, quod epiſcopo competiit, exſtinctis licet religioſis, tamen in loco & ædificiis remanet. Igitur princeps id occupare aut diſponere de eo nequit, verum pati debet, diſpoſitionem hanc, quatenus iura eius territorialia non infringit, a ſolo epiſcopo fieri. Hunc autem epiſcopum limites in pace Osnabrugenſi circa diſpoſitionem ſeu proviſionem vacui monaſterii accurate ſervare oportet. Quapropter providendum eſt ante omnia, ut idem religioſorum ordo, qui cœnobium an. 1624. tenuit, in eo conſervetur. Quodſi tamen ordinis huius religioſi, qui duo vel tria ſaltem in omnibus imperii terris monaſteria habere dicuntur, vel ob paucitatem ſupplementum in monaſterium hoc vacuum mittere nequeant vel etiam recuſent, quod eos poſſe dubium non eſt, tunc ordo ille religioſorum, quoniam monaſterium derelinquit, civiliter intercidiſſe atque caſus in §. 26. *art. V.* expreſſus exiſtere videtur, ut adeo liberum

tunc

tunc ſit epiſcopo, ex alio in Germania ante exorta religionis diſſidia uſitato ordine novos religioſos pro lubitu ſubſtituere. Et quum epiſcopus in aliis actibus iurisdictionis eccleſiaſticæ circa hoc monaſterium exercitis a domino territoriali non dependerit, nec impediri potuerit, etiam circa hunc actum ſubſtitutionis novorum religioſorum ab eodem neque dependet, neque impediri debet. Tandem ad quæſtionem undecimam reſpondemus, principem evangelicum, ſi ſubſtitutionem novorum religioſorum usque ad interitum integri ordinis, qui nunc monaſterium poſſidet, impedire vellet, contra mentem pacis Weſtphalicae facturum eſſe. Etſi enim ea tunc demum novos religioſos ſubſtituere permittat, quum religioſorum ordo plene interciderit; attamen iam ſupra oſtendimus, ordinem illum eo ipſo, quod monaſterium derelinquit, civiliter interiiſſe & pro exſtincto haberi.

IX.

Templa & alia loca ſacra aut pia derelicta & vacua impune ad uſus privatos transferuntur.

Poſſe principes epiſcoposve templa vel monaſteria collapſa atque a cultoribus deſerta occupare, atque in uſus profanos impendere, vel, ut loqui ſolemus, ſeculariſare, nec, etſi catholici ſint, pontificis Romani conſenſum requirere, Præſes meus iam tum in *Specimine XXIII. de Iure principis in res ſacras & eccleſiaſticas ſuperfluas vel vacuas medit.* 6. & 9. oſtendit. Ego vero hanc poteſtatem etiam privatis tribuo, ut templa vacua, maxime quae in praediis ſuis reperiunt, occupent, atque ad uſus ſuos adhibeant. Obiicietur nobis forſan, quod locus ſacer, diruto licet ædificio, ſacer tamen & commercio exemtus maneat, per §. 8. *I. & L.* 6. §. 3. *D. de Rerum diviſ.* item *L.* 73. *pr. de contrab. emt.* Verum leges hæ de derelictis templis non agunt, ſed de dirutis ſaltem. Sola deſtructio ius prius non mutat,

mutat, quamdiu antiquus possessor animum redeundi & collapsa reparandi adhuc habet. Sed quando hunc deponit, quando nemo est, qui cultum divinum exercere in eo loco cupit, absurdum & superstitiosum foret, homines ab usu eius arceri. Ridemus morem Hispanorum, qui equum, cui rex semel insedit, a privato conscendi nefas credunt, sed eum, si rex illo uti imposterum nolit, otiosum & inutilem in stabulis saginant. Illudimus superstitioni Mahomedanorum, qui camelos ex peregrinatione Meccana reduces indelebili sanctitatis charactere insignitos putant, nec unquam onus portare sinunt. Irridemus inquam hæc, & ipsi tamen characterem indelebilem nobis fingimus, atque loca istiusmodi, quæ olim sacra & religiosa fuerunt, nunc autem superflua sunt, nec sacrum usum præstare possunt, usibus tamen humanis eximimus, atque ad æternam ruinam & vastitatem damnamus. Absone profecto. Vidi ego aliquando villam, atque in ea sacellum vetus, quod supra hominum memoriam omni cultu divino vacuum stabulandis armentis inserviebat. Sed aderat in eadem villa templum novum sat amplum, cui obeundo praepositus sacerdos vix sufficiebat. Atque hic ipse sacerdos tamen equitem, villæ dominum, subinde impietatis accusabat, quod ex sacello stabulum fecisset. Homo simillimus cani Aesopico, qui fœno incubans, etsi ipsi hoc inutile esset, boves tamen et equos ab eius usu latratu arcebat.

X.

De derelictione actionis.

Sæpe contingit, ut ex pluribus litis consortibus unus alterve actionem vel institutam iam vel instituendam derelinquat. Variæ tunc nascuntur quæstiones, quarum plerasque breviter hic complectar ac decidam. Primum de derelictone ipsa dicendum. Ad hanc necesse est, ut animus derelinquendi dilucide declaretur. Sola cessatio vel

etiam denegatio ſumtuum conferendorum haud ſufficit. Oportet vel ceſſantem clare mentem ſuam de deſerendo iudicio explicare, vel lapſum tanti temporis, quo actiones per ſe exſtinguuntur, ad ceſſationem accedere. Quamdiu neutrum horum factum eſt, ceſſans poteſt intervenire ac ius ſuum perſequi, aut, ſi conſortes iudicium ad finem iam perduxerunt integrumque debitum conſequuti ſunt, partem ſuam ab his actione negotiorum geſtorum repetere, qui impenſas litis ſaltem cum uſuris pro rata deducunt. *L.* 19. §. 4. *de Negotiis geſtis.* Solum quippe ſilentium ſine praeſcriptione ius actoris non excludit. At enim vero, quando ceſſans aperte profitetur, nolle ſe in communionem iudicii venire, nec ius ſuum perſequi, tunc vero res plus difficultatis habet. Equidem communiter ceteri litis conſortes derelinquentium partes ſibi adcreſcere putant, totamque litem ſuo nomine continuant. Et licet hoc eis quidem in re prorſus individua, e. g. in ſervitute, quae, quum partes non recipiat, ab uno conſorte integra peti poteſt. Idem illis permitto in hereditatis petitione, querela inofficioſi teſtamenti, actione ex teſtamento, ceterisque, quae ex iure hereditario oriuntur, actionibus, in quibus quippe ius adcreſcendi obtinet. Vide *L. un. C. Quando non petentium partes petentibus adcreſcant.* At in iis actionibus, quae ex ceteris iuribus in re & obligationibus deſcendunt, ſi modo aliquam, intellectualem ſaltem ſeu civilem, diviſionem recipiunt, ſecus eſt. Ceſſat in his ius adcreſcendi. Igitur derelictio ab uno litis conſorte facta ceteris non prodeſt, verum hi partem ſuam ſolum perſequuntur. Nec adverſarius iis exceptionem plurium litis conſortium opponere poteſt. *L.* 1. *C. de Conſortibus eiusdem litis.*

XI.

Servi etiam & homines proprii derelinquuntur a dominis, qui cum iis tanquam cum liberis hominibus diu vivunt.

Servos

Servos etiam apud Romanos derelinqui potuisse, sat constat. Declaratur autem in iis animus derelinquendi variis modis, scilicet denegatione alimentorum, *L. ult. pro derelicto*, expositione infantis, *Novella* 153. desertione in gravi infirmitate. *L.* 2. *Qui sine manumissione ad libertatem.* Omnia hæc ad homines nostros proprios commode trahuntur. Addi quoque potest, pro derelinquente habendum esse, qui cum servo vel homine proprio suo aliquamdiu tanquam cum libero vivit & consuescit. Narravit mihi Præses, acta ad se delata fuisse, in quibus eques Pomeranus hereditatem mercatoris Berolinensis defuncti, tanquam hominis proprii sui, vindicarit. Nec negare poterant heredes, mercatorem in prædio equitis ex hominibus propriis natum. Obiiciebant saltem, illum diutissime in libertate moratum sola temporis longinquitate liberum effectum esse. Sed actor ex *L.* 1. *C. de Longi temporis præscriptione, quæ pro libertate* respondebat: *Mala fide morato in libertate diu, prodesse non potest longi temporis præscriptio.* ICti tamen Helmstadienses actorem repulerunt non quidem ex capite præscriptionis, sed propter derelictionem. Constabat nempe ex actis, equitem istum subinde Berolinum venditasse, ad ædes mercatoris divertisse, cum eo negotiatum esse, & tanquam cum libero homine familiariter vixisse. Dereliquerat igitur eum aperte, atque non poterat nunc contra factum proprium venire, arg. *L.* 25. *pr. de Adoptionibus* & *L.* 1. *C. de Patria potestate.*

COROLLARIA.

1. Quod ad præscriptionem rerum derelictarum attinet, tunc, quum ipse dominus rem derelinquit, siquidem illa mobilis est, occupans eam usucapione opus non habet, sed statim dominus efficitur, si immobilis, lapso biennio demum dominium consequitur. Ordinaria vero usucapio locum habet, quando non dominus rem derelinquit, atque tertius eam bona fide occupat. Dicam infra in *Spec. CCCCLVI. de Iusto titulo, medit.* 6. 7.
2. In derelictione animus derelinquendi per coniecturas & non facta probatur. Tale non factum est, si quis domum sibi cum aliis com-

communem a ceteris consortibus solis reædificari & possideri patitur. Vide *idem Specim. de Iusto tit. medit. 8. 9. 10.*

SPECIMEN CCCCXLIV. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLI. TIT. I. DE VERA TRADITIONE.

PVBLICE DEFENSVM

AB

ASCAN. CHRISTOPHORO DU ROY

LL. CVLT.

D. XXIII. IVL. cIↄ Iↄ CC XXVII.

I.

Defectus traditionis translationem dominii impedit, non pignoris.

II.

Itaque emtor tempore prior postponitur creditori, etsi neutri res tradita sit.

Res, quam dominus duobus vendidit, vel per alium contractum promisit, non eius fit, cui prius promissa, sed cui prius tradita fuit. Itaque posterior emtor, in quem res actu translata fuit, a priore, qui nunquam possessionem adeptus est, conveniri nequit. *L. 15. C. de Rei vindicat.* Hæc certa sunt satis. Sed intricatior lis videtur tunc, quum duo concurrunt, quorum neutri res tradita, sed priori ex contractu dominii translativo promissa, posteriori aliud ius in re, e. g. pignus, constitutum fuit. Commemorabo exemplum. Debitor quidam obæratus creditori cuidam maxime urgenti res nonnullas in solutum dat, seu, quod idem est, vendit. Datio quippe in solutum vera venditio est. *L. 4. C. de Evict. L. 15. Quibus ex caussis in possess.* Sed ante-

Digitized by Google

antequam traditio fit, alius creditor debitoris huius facultates suspectas habere incipit, atque arrestum iis, adito iudice, imponit, & per hoc ex more regionis pignus prætorium consequitur. Quo comperto, prior ille possessionem rerum sibi in solutum addictarum privata auctoritate occupat. Intentat ergo posterior actionem priori illi. Negat prior, ius agendi huic contra se esse. Nam, ait, neutri ex nobis res tradita fuit, igitur æquale ius habemus, iam in pari caussa possessor potior haberi debet. *L.* 128. *pr. de Reg. iur.* Sed ICti Helmstadienses mense Martio anni cIↃ IↃ cc xv. secundum posteriorem iudicarunt. Defectus nempe traditionis in priore creditore translationem dominii impediebat. *L.* 20. *C. de Pactis.* Hic ergo saltem ius ad rem, seu actionem personalem contra venditorem suum, habebat. Posterior vero fortius ius, quod rem ipsam adficiebat, nactus erat. Pignora enim & hypothecæ etiam sine traditione constituuntur, atque nihilominus eundem effectum, quem traditione accedente habent, producunt. *L.* 12. *qui potiores in pignore.* Adiiciam rationes decidendi sententiæ modo memoratæ adnexas: Es ist ausser Zweifel, daß der von Klägern wider seinen Schuldener, den Pastor Redelfssen, dessen schlechter Zustand und Unvermögen zu zahlen deutlich genug hervorscheinet, auf die bey der Flüggischen Wittwe stehende Sachen gesuchte und erhaltene Arrest gültig gewesen, und Klägern also ein Pignus prætorium in denenselben zuwege gebracht. Es kommet demnach anjetzo nur auf die Frage an: Ob der Beklagte an besagten Sachen ein mehrers Recht habe? Solches will derselbe daher behaupten, weil, seinem Angeben nach, der Pastor ihm diese Sachen noch vor angelegtem Arreste in solutum zu übergeben versprochen. Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob könne Beklagter, die an sich genommene Sachen sammt den aus einigen gelöseten Geldern heraus zu geben, nicht angehalten werden. Alldieweil aber das von dem Pastore Redelfssen mit Beklagtem wegen

Digitized by Google

gen der streitigen Sachen vor dem Arreste aufgerichtete pactum, in Ermangelung der würcklichen Uebergabe, Beklagtem kein dominium oder anderes ius in re geben können, folglich das von Klägern erlangte pignus prætorium allerdinges ein stärkeres Recht ist; So ist der Beklagte schuldig, Klägern die bey der Flüggischen Wittwe gestandene Sachen, und das aus dem verkauften gelösete Geld, heraus zu geben.

III.

Traditio ei non prodest, qui rem, quæ ei traditur, alii iam promissam esse scit.

Regula ante memorata, quod inter duos emtores aut donatarios is præfertur, cui prius traditio facta, tunc ex unanimi fere interpretum sententia locum non habet, quum posterior, cui tradita est res, eam iam alteri venditam aut donatam fuisse scit. Ita *Brunnem. ad L.* 15. *C. de Rei vindicat. n.* 6. pluresque ibi allegati. Adde *Bergeri Supplementa ad Elect. discept. for. Part.* 2. *p.* 216. Lex clara deficit, sed æquitas hanc sententiam tuetur, & argumentum legis. Venditor nempe, qui rem iam alteri promissam iterum promittit, sine dubio fraudulenter agit. Is igitur, qui fraudem hanc novit, & tamen ex ea lucrum aucupatur, fraudis particeps, atque adeo beneficiis iurium indignus fit. Id quod in *L.* 10. §. 3. *quæ in fraudem creditorum* constitutum est. Sic itaque ICti Vitembergenses mense Iulio anni cIↃ IↃ CCIX. responderunt: Hat Titius seine in Meissen gelegene Weine, kraft eines den 6ten September 1706. hierüber aufgerichteten Instrumenti, an Caium käuflich überlassen, selbigem auch, diese Weine abzuholen, frey gestellet; ist aber, ehe und bevor die Abholung geschehen mögen, von Lucio aus einem Wechsel-Briefe auf 800 Reichsthaler hoch belanget, und, weil er sonst keine

keine Zahlungs-Mittel gehabt, auch sich eines Schimpfs besorgen müssen, bewogen worden, die noch vorhandene Weine dem Lucio in solutum abzutreten, und desselben hierzu bestelltem Mandatario würklich zu übergeben. Als aber nachgehends ein Concursus creditorum wider Titium entstanden, hat der ehemalige Käufer Caius Arrest auf die dem Lucio in solutum überlassene Weine gesuchet. Entstehet also die Frage: Welchem unter diesen beyden letztern eigentlich die Weine zukommen? Ob nun wol in dem Falle, wenn eine Sache ihrer zweyen verkaufet wird, derjenige, welchem solche zuerst übergeben worden, dem andern, vermöge des erhaltenen dinglichen Rechts, fürzuziehen ist, und denn allhier die Uebergabe niemals an Caium, wol aber an Lucium geschehen, gestalt die in dem mit Caio aufgerichtetem Kauf-Contracte befindliche Worte: Es sollten ihm die Weine cediret seyn; ad translationem dominii für gnugsam nicht zu achten. Wannenhero es das Ansehen gewinnet, als ob Caius an den dem Lucio übergebenen Weinen mit Rechte nichts fodern könne, sondern sich lediglich an Titium oder dessen Vermögen halten müsse. Dieweil aber dennoch obberührte Regul, daß der erstere Käufer dem letztern, welchem die Sache zugleich übergeben worden, nachstehen müsse, alsdenn ihren Abfall leidet, wenn der letztere den bereits mit dem ersteren geschlossenen Kauf gewust, und also in mala fide gewesen, immassen dann Lucius nicht leugnen kann, daß er von Titii an Caium geschehenem Verkaufe und Cession der Weine, als er solche von Titio an Zahlungs statt bekommen, Nachricht gehabt, folglich, und da datio in solutum für einen Kauf zu achten ist, von dem ersterem Käufer actione in factum wol belanget werden mag, bey welcher Bewandniß dem Lucio sein Vorgeben, daß er selbst de damno vitando certire, ingleichen, daß einem Creditori ante motum concursum seine Bezahlung auf alle Weise und Wege zu suchen erlaubet sey, nichts helfen wird, indem dieses, ohne einen andern in seinen wol erlang-

 ten

ten Rechten wissentlich zu kränken, geschehen muß: So erscheinet dannenhero so viel, daß Lucius dem Caio die an Zahlungs statt angenommene Weine wieder abzutreten schuldig sey.

IV.

Vera traditio cum bona fide coniuncta præfertur fictæ, etsi tempore priori.

Evenit sæpe, ut duæ traditiones invicem concurrant, ficta vna, altera vera. Tunc si is, cui vere res tradita, tempore prior sit, dubium non est, quin præferatur. At, si ficta traditio præcessit, intricatior lis exoritur. Exemplum supra in *Specimine CLXXX. de Obligatione mandantis, medit.* 4. commemoravi. Duo fruges maturas, sed adhuc in agro hærentes, emunt; prior in emtione manipulos aliquot in signum adprehensæ possessionis evellit, posterior fruges ipsas demetit avehitque. Quæritur nunc, quis ex his potior sit? Disceptant inter se interpretes. *Carpzovius P.* 2. *Const.* 33. *def.* 15. *n.* 4. fictum istiusmodi possessorem anteponit illi, qui postea realem possessionem nactus est. Contra *Gothofr. ad L.* 15. *C. de Rei vindicat. lit. b.* eum antefert, qui rem vere accepit: cum quo & ego sentio. Namque primo, si æquitatis rationem habeas, illi magis semper favendum est, qui melius vigilavit, & omnia palam gessit, præ eo, qui clanculum ad rem adrepit. Deinde & securitatis publicæ & commerciorum interest, ne clandestinæ & symbolicæ traditiones præferantur manifestis, quum alias in omni venditione metuendum foret, ne alius iam eandem rem emerit, & per fictam traditionem ius in illa acquisierit. Porro argumentum pro mea sententia ex istis *Legis* 15. *C. de Rei vind.* verbis: *obtentu non datorum instrumentorum;* ducitur, atque ex iis colligitur, priorem emtorem, cui instrumenta tradita, posteriori,

Digitized by Google

ſteriori, qui rem ipſam accepit, poſtponendum. Tum regula generalis in omnibus fictionibus iuris præſcripta, ne per eas naturalia iura corrumpantur, & veritas immutetur, *L.* 8. *de Capite minutis*, *L.* 2. §. 1. *de Vſufructu earum rerum*, etiam hic locum invenit. Adde *Alteſerram de Fictionibus iuris tract.* 1. C. 1. Denique in pari cauſſa poſſeſſorem potiorem haberi, iubet Paulus in *L.* 128. *pr. de Reg. iuris.* Quæ quum ita ſint, veram traditionem fictæ antepono quidem, ſed cum hac limitatione, niſi is, qui vere rem accepit, eam iam alii ante ficte traditam ſciat, atque ſic in mala fide verſetur.

V.
Traditio per confeſſionem inſtrumento inſertam non probatur.

Traditio vera verbis fieri nequit, ſed actum corporalem deſiderat, *L.* 48. *de acquirenda vel amitt. poſſeſſ. L.* 20. *C. de Pactis*, quibus non obſtat *Lex* 1. §. 21. *de acquir. vel amitt. poſſ.* in qua Paulus: *Non eſt*, inquit, *corpore & actu neceſſe adprehendere poſſeſſionem.* Ex ſequentibus enim verbis apparet, eum non omnem actum corporalem excludere, ſed minimum oculos, h. e. demonſtrationem ex parte tradentis, & obtutum ex parte accipientis, cum affectu, ſive animo occupandi coniunctum, requirere. Is ergo, qui traditam ſibi rem, & ſe per hoc dominum factum adfirmat, hoc probare debet; ad quam probationem non ſufficit confeſſio in inſtrumento emtionis a venditore facta, ſe rem vendidiſſe & tradidiſſe. Iſtiusmodi formula quippe ſaltem de conſuetudine inſtrumentis inſeritur. Res vero non inſtrumentis geruntur, ut recte Cæſares in *L.* 12. *C. de Probationibus* aiunt. Itaque ICtos Vitembergenſes aliquando iſtiusmodi probationem ex confeſſione in inſtrumento facta deſumtam reieciſſe recordor.

COROLLARIA.

1. Traditionem inter modos adquirendi dominium iuris naturalis refert Iustinianus in *§. 40. I. de Rerum divis.* Contra *Grot. de I. B. & P. L. 2. c. 8. §. 25.* breviter quidem, at solide docet, ad dominii translationem naturaliter traditionem non requiri. Nec opus est distinctione, quam *Pufendorffius de Iure nat. & gent. L. 4. c. 9. §. 6.* adfert, inter dominium separatim a possessione consideratum, & cum eadem coniunctum. Nam quid opus est, dominium cum possessione coniungere, quum alterum sine altero esse commode possit?

2. Ad traditionem vox: trado; in contractu adhibita non sufficit. Dixi in *Specimine CCVII. de traditione & occupatione rei venditæ med. 1.*

3. Is, qui rem sibi promissam, non exspectata traditione, occupat, peccat, & amissione iuris sui punitur, *§. 1. I. de vi bonorum raptorum, L. 13. Quod metus caussa, L. 7. C. unde vi.*

4. Venditor, qui in instrumento venditionis emtori rem occupare permittit; hoc ipso tamen non tradit. Itaque emtor ne tunc quidem possessionem, invito venditore, adprehendere potest. Dixi *in eodem Specimine CCVII. medit. 3.*

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXLV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

FICTA TRADITIONE.

PVBLICE DEFENSVM

A

GEORG. LVDOVIC. FLACH

HANNOVERAN. LL. CVLT.

D. XXX. IVL. cIↄ Iↄ cc XXVII.

I.

Traditis instrumentis ad rem pertinentibus, res ipsa tradita censetur.

II.

Traditio tamen instrumenti de præsente contractu confecti non sufficit.

Inter traditiones symbolicas referunt communiter exhibitionem instrumentorum ad rem, quæ tradi debet, pertinentium; atque hoc ex *L. 1. C. de Donationibus* probant. Nec male. Animadverto tamen subinde, istam legem ab advocatis non satis intelligi, atque perperam sæpe adplicari. Credunt nempe, in ea agi de instrumento, recenter inter eos, inter quos traditio fieri debet, confecto, atque autumant, emtorem donatariumve, hoc accepto possessionem ipsam accepisse, & plene securum esse. Recordor ego, aliquando emtorem ex consilio caussidici prædium emtum, quod venditor adhuc tenebat, privata auctoritate

COROLLARIA.

1. Traditionem inter modos adquirendi dominium iuris naturalis refert Iustinianus in *§. 40. I. de Rerum divis.* Contra *Grot. de I. B. & P. L. 2. c. 8. §. 25.* breviter quidem, at solide docet, ad dominii translationem naturaliter traditionem non requiri. Nec opus est distinctione, quam *Pufendorffius de Iure nat. & gent. L. 4. c. 9. §. 6.* adfert, inter dominium separatim a possessione consideratum, & cum eadem coniunctum. Nam quid opus est, dominium cum possessione coniungere, quum alterum sine altero esse commode possit?

2. Ad traditionem vox: trado; in contractu adhibita non sufficit. Dixi in *Specimine CCVII. de traditione & occupatione rei venditæ med. 1.*

3. Is, qui rem sibi promissam, non exspectata traditione, occupat, peccat, & amissione iuris sui punitur, *§. 1. I. de vi bonorum raptorum, L. 13. Quod metus caussa, L. 7. C. unde vi.*

4 Venditor, qui in instrumento venditionis emtori rem occupare permittit; hoc ipso tamen non tradit. Itaque emtor ne tunc quidem possessionem, invito venditore, adprehendere potest. Dixi *in eodem Specimine CCVII. medit. 3.*

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXLV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

FICTA TRADITIONE.

PVBLICE DEFENSVM

A

GEORG. LVDOVIC. FLACH

HANNOVERAN. LL. CVLT.

D. XXX. IVL. cIↄ Iↄ cc XXVII.

I.

Traditis inſtrumentis ad rem pertinentibus, res ipſa tradita cenſetur.

II.

Traditio tamen inſtrumenti de præſente contractu confecti non ſufficit.

Inter traditiones ſymbolicas referunt communiter exhibitionem inſtrumentorum ad rem, quæ tradi debet, pertinentium; atque hoc ex *L.* I. *C. de Donationibus* probant. Nec male. Animadverto tamen ſubinde, iſtam legem ab advocatis non ſatis intelligi, atque perperam ſæpe adplicari. Credunt nempe, in ea agi de inſtrumento, recenter inter eos, inter quos traditio fieri debet, confecto, atque autumant, emtorem donatariumve, hoc accepto poſſeſſionem ipſam accepiſſe, & plene ſecurum eſſe. Recordor ego, aliquando emtorem ex conſilio cauſſidici prædium emtum, quod venditor adhuc tenebat, privata auctoritate

ctoritate occupasse, persuasum scilicet a caussidico, se vim nullam facere, sed possessionem olim, quum instrumentum venditionis ei traderetur, acceptam saltem continuare. Inexcusabili errore! *Lex* ista 1. *C. de Donationibus* de instrumentis antiquis, ex quibus olim res ad venditorem pervenit, agit. Præsens igitur documentum non sufficit, tametsi venditor in eo, se rem emtori tradere, declaret, arg. *L.* 48. *de Adquir. vel amitt. possess.* Agnoscit idem *Carpzovius P.* 2. *Const.* 33. *def.* 15. Sic itaque ICti Vitembergenses mense Aprili anni cIↄ Iↄ cc IX. responderunt: Hat Anna Rosina Koyin nebst ihrer Tochter euch ihr Haus für 6500 Reichsthaler verkaufet. Als sie nun hierauf euch den Kauf-Recess zwar eingehändiget, die Nutzungen aber und den Mieth-Zinß innen behalten, habt ihr vor einigen Wochen die Possess besagten Hauses wirklich ergriffen. Ob ihr nun wohl hieran, daß ihr den Besitz des Hauses eigenmächtig ergriffen, und, bis euch Verkäuferin solchen versprochener massen eingeräumet, nicht erwartet, unrecht gethan, auch die von Verkäuferin geschehene Einhändigung des Kauf-Briefes vor keine würckliche Uebergabe zu achten, indem *Lex* 1. *C. de Donat.* in welcher, daß durch die Einreichung der Documenten die possess transferiret werde, enthalten, nicht von dem neu-aufgerichtetem Recesse, sondern von den alten Kauf-Briefen und zu dem Gute gehörigen Urkunden zu verstehen; demnach ihr, gestalten Sachen nach, pro violento possessore und der beneficiorum iuris unwürdig zu achten seyd ꝛc.

III.

Traditio instrumenti recentioris tunc ad transferendum dominium sufficit, quum ea hoc animo in re præsente fit.

Thesin hanc, quæ limitationem præcedentis meditationis continet, probo ex *L.* 77. *de Rei vindicat.* cuius hæc species est: Mulier donat alicui prædium, ac epistolam, qua donatio continetur, donatario in ipso prædio præsenti dat. Respon-

Respondet ICtus, hoc ipsum, quod donatarius in eo agro, qui donabatur, fuisset, quum epistola emitteretur, sufficere ad traditam possessionem, licet actus alius non intervenisset. Et convenit hoc ICti responsum analogiæ iuris. Secundum hanc etiam traditio tria requirit, facultatem transferendi dominium, voluntatem & actum corporalem. Ista tria vero in hoc, quem dixi, casu concurrunt. Recte igitur *Martini in Commentario forensi tit.* 47. §. 2. *n.* 5. adfirmat, prædium traditum censeri tunc, quum specificatio proventuum in re præsente traditur. Et ICti Vitembergenses mense Iulio anni cIↃ IↃ CC IX. responderunt, traditione instrumenti recentis dominium ideo translatum non fuisse, quod illa in re præsente facta non esset: Es kommt dem Caio die Uebergebung des verfertigten Documents, in Erwegung, daß solche nicht in re præsenti geschehen, nicht zu statten.

IV.

Constitutum possessorium explicatur.

V.

Reservatio usufructus in parte rei venditæ non est ficta traditio.

VI.

Constitutum possessorium dominium in emtorem, quamdiu is pretium non solvit, haud transfert.

Inter traditiones fictas nobilissima species est constitutum possessorium, quum scilicet is, qui hucusque rem iure dominii tenuit, declarat, se eam imposterum alterius nomine possessurum. Ea declaratio aliquando expressa est, ut in *L.* 18. *pr. de Adquir. vel amitt. possess.* plerumque tacita, cuius varia passim in iuribus nostris exempla occurrunt, veluti si venditor aut donator rem ab emtore aut donatario

Digitized by Google

conducat, *L.* 77. *de Rei vindicat.* vel annuam ei pensionem in dominii recognitionem solvat, *c.* 9. *X. de Restitutione spoliatorum*, vel usumfructum retineat, *L.* 28. *C. de Donationibus*, vel precario in fundo vendito aut donato moretur. *L.* 6. §. 2. *de Precario.* Vt tamen constitutum possessorium intervenisse dicatur, de animo possessionem in alterum transferendi constare certo debet. Is quippe in dubio nunquam præsumitur. Memorabo litem a ICtis Vitembergensibus mense Aprili anni cIↃ IↃ CC IX. decisam. Rosina domum suam Abrahamo vendit, sed in contractu sibi conclave aliquod per annum adhuc inhabitandum reservat. Conficitur instrumentum, subscribitur, signatur, traditur. Ipsam tamen domum venditrix non tradit, sed cum conclavi isto, quod sibi reservarat, cetera etiam conclavia retinet. Emtor constitutum possessorium intervenisse, seque per id possessorem & dominum effectum credit. Petit igitur a iudice, ut inquilini, qui a Rosina olim conclavia conduxerant, ad mercedem sibi persolvendam per mandata pœnalia adigantur. Verum ICtis Vitembergensibus aliter visum fuit. Negarunt illi, reservationem conclavis pro traditione aut constituto possessorio haberi posse, idque ex duplici ratione, primum, quod retentio ususfructus, de qua in *L.* 28. *C. de Donationibus* agitur, non in parte rei venditæ aut donatæ, sed in re tota fieri debeat. Qui enim in parte sibi reservat usumfructum, tunc demum alieno nomine possideri incipit, quum reliquam partem tradidit. Deinde, si vel maxime reservatio conclavis pro traditione haberi potuisset, ea tamen dominium in emtorem, qui pretium nondum solverat, non transtulisset. Nam, ut recte *Tiraquellus de Iure constituti possessorii Part. I. n.* 27. monet, quum, pretio non soluto, aut fide de eo non habita, etiamsi vera traditio intervenerit, non transferatur dominium, §. 41. *I. de Rerum divis. L.* 15. *C. de Rei vindicat.* eadem ratione,

tione, imo fortiore, nec ista traditio, quæ facta saltem fingitur, dominium transferet. Quamobrem sic responsum fuit: Hat Anna Rosina Koyin nebst ihrer Tochter euch ihr Haus für 6500 Reichsthaler verkaufet, und in dem hierüber aufgerichteten Kauf-Recesse, euch den Besitz davon einzuräumen, alle Logementer, bis auf ein einiges, welches sie sich bis Ostern 1709. zu bewohnen fürbehalten, abzutreten, und daß ihr sogleich von den Miethleuten den Zinß und allen Nutzen nehmen möchtet, zuzugeben versprochen. Nun ist die Vorbehaltung eines Logements in dem verkauften Hause vor keine würkliche Uebergabe zu achten, indem der Auszug der Wohnung von der Verkäuferin nicht simpliciter, sondern alsdenn erst, wenn sie euch vacuam possessionem nach vorhergehender Auszahlung des Kauf-Pretii und gerichtlicher Lehns-Reichung würde eingeräumet haben, geschehen; so möget ihr, daß durch Mandata den Mieth-Leuten die Auszahlung des Mieth-Geldes an euch auferleget werde, nicht verlangen, sondern seyd dieserhalb die Verkäufere selbst, mit welchen ihr alleine contrahirt, actione emti zu belangen verbunden.

VII.

Traditioni per brevem manum novatio aliqua inest, & prior obligatio per eam perimitur.

Traditio brevi manu fieri dicitur in *L.* 43. §. 1. *de Iure dotium*, & describitur, in *L.* 3. §. *penult. de Donat. inter vir. & ux.* quando celeritate coniungendarum inter se actionum una actio occultatur. Exempla in *L.* 15. *de Rebus creditis* habentur, si scilicet debitorem meum tibi mutuum a me flagitanti pecuniam solvere iubeam, vel debitorem meum pecuniam mihi ex mandato debitam crediti nomine retinere permittam. Ipsa vero recta ratio indicat, omni traditioni per brevem manum inesse novationem, atque per eam priscam obligationem perimi. Exemplo res optime illustrabitur. Iustus domum a Marco pro mille emit, & tre-

 centa

centa confestim, reliqua statis diebus exsolvere promittit. Conficitur instrumentum, inseritur ei conventio modo dicta, & Marco simul hypotheca in reliquum pretium reservatur. Quibus peractis, die ad tradendam domum & solvenda trecenta præfixo comparet uterque, & Iustus quidem trecenta adfert, sed ducenta saltem exsolvit, & cetera centum sibi tanquam mutuum relinqui petit. Annuit Marcus & chirographum accipit. Postea Iustus foro cedit. Concurrunt creditores; & inter hos Marcus residua centum petit, atque se inter hypothecarios collocari postulat. Negant creditores alii, hypothecam ipsi competere. Ille instrumentum venditionis profert, in eoque sibi reservatam hypothecam ostendit. Respondent creditores, hanc hypothecam ad ista centum, quæ Iusto tanquam mutuum relicta & singulari chirographo cauta sint, haud pertinere. Tum Marcus se ex §. 3. *I. Quibus modis tollitur obligat. & L. ult. C. de Novationibus* tuetur, in quibus constitutum est, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit: alioquin & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex uttaque causa obligatio. Sed ICti Helmstadienses mense Aprili anni cIɔ Iɔ ccxxiv. contra Marcum iudicarunt, atque eum inter simplices chirographarios collocarunt, ex his rationibus: Es ist anjetzo die Frage zu erörtern, ob die dem Rathmanne Wagner bey Verkaufung seines Hauses an Kuhfussen verschriebene und obrigkeitlich bestätigte Hypothec mit auf diejenige 100 Reichs Thaler, welche dieser Wagner von dem Angelde dem Kuhfuß als ein Darlehn zinßbar zurückgelassen, und darüber eine absonderliche Verschreibung genommen, zu erstrecken sey. Nun suchen zwar die Wagnerische Erben die aientem sententiam zu behaupten, und führen zu dessen Behuef an, daß Verkäufer ihm in dem Kauf-Briefe ein Unterpfand an dem verkauften Hause bis

bis dahin, daß die ganze Summe völlig abgetragen seyn würde, folglich auch wegen der Angelder vorbehalten, und solche nirgend ausdrücklich remittiret, dergleichen Remission auch ohnedas niemalen præsumiret werde, vielweniger aus der zu mehrerer Sicherheit genommenen anderweiten Verschreibung geschlossen werden könne, da eine Novation die ausdrückliche Aufhebung der ersteren Obligation nothwendig erfordern, widrigenfalls die erstere Obligation zugleich nebst der zweyten gültig sey. Es gewinnet also das Ansehen, ob hätten Leuteranten mit ihrer Foderung allen andern Gläubigern vorgezogen werden sollen. Alldieweil aber der Käufer 300 Reichsthaler baares Geld zum Angelde zu zahlen, in dem über dem Kauf errichteten Instrumento versprochen, Verkäufer hingegen ihm hiervon 100 Reichs-Thaler zu Fortsetzung seiner Nahrung als ein Darlehn zurück gelassen, welches Darlehn denn eine vorhergehende solutionem oder traditionem brevis manus præsupponiret, folglich solche 100 Reichs-Thaler, welche Verkäufer damalen gleichsam empfangen und wieder ausgezahlet, so fort zu selbiger Zeit ein An- und Kauf-Geld zu seyn aufgehöret, hiernächst bey Ausbringung der Confirmation weder der zurück gelassenen 100 Reichs-Thaler Meldung gethan, noch die neue Obligation bestätigen lassen, mithin sowohl die Obrigkeit als andere Gläubiger, denen der Käufer den Kauf-Brief vorgezeiget, nothwendig glauben müssen, es sey das in dem fast ein halbes Jahr vor der gerichtlichen Bestätigung gefertigten Kauf-Briefe versprochene Angeld längstens bezahlet, und hafte dieserwegen kein gerichtliches Unterpfand weiter auf dem Hause, wodurch denn vielleicht andere dem Kuhfuß Geld zu leihen bewogen worden; So stehet den Wagnerischen Erben dieser 100 Reichs-Thaler halber kein gerichtliches Unterpfand zu, und hat mithin voriger Bescheid bestätiget werden müssen.

Digitized by Google

COROLLARIA.

1. Traditio in medio ævo investitura dicta variisque signis peracta fuit, quorum plurima recenset *du Fresne in Glossario mediæ & infimæ latinitatis* art. *Investitura*. Omisit tamen aliqua, quæ ex priscis auctoribus & diplomatibus suppleri facile possunt. Sic non invenio apud illum positionem schedæ, qua res ecclesiæ tradendæ describebantur, in altari, quæ tamen frequentissime adhibita fuit. Taceo alia.

2. Inter traditiones symbolicas præcipua est ea, quæ per claves fit. Hanc non privati solum, sed etiam liberæ gentes principesque inter se adhibuerunt semper, & adhuc adhibent. Sic hodienum oppida & castella per claves sæpe traduntur. Iure tamen Romano hæc traditio aliter rata non est, quam si ibi fiat, ubi res tradendæ reperiuntur. *L. 74. de Contrahenda emtione.* Id non semper observatum inter liberas gentes. Sic *Sigonius lib. 3. de Regno Italiae ad annum 755.* narrat, Fulradum, Pipini Francorum regis procuratorem claves urbium, pontifici Romano donatarum, Romæ in templo Petri deposuisse. Et apud *Leonem Ostiensem in Chronico Cassinensi lib. 2. cap. 39.* Capuanus princeps Basilio, Imperatori Constantinopolitano, claves aureas misit, atque per has & urbem Capuam & totum principatum suum ei tradidit. Istiusmodi tamen traditio possessionem transferre non potuit, quum rem ipsam potestati eius, qui claves accepit, non subiecerit.

SPE-

SPECIMEN CCCCXLVI.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

RESIGNATIONE IVDICIALI.

PVBLICE DEFENSVM

A

IOH. FRIDER. LVDOLPH. OBERKAMPF

HALBERSTADIENSI LL. CVLT.

D. XVI. AVG. cIɔ Iɔ ccXXVII.

I.

Germani veteres resignationem iudicialem in alienatione bonorum immobilium universali consuetudine desiderarunt.

II.

Ratio eius iuris investigatur.

III.

Eadem resignatio adhuc hodie in terris iuris Saxonici, Lubecensis, Brunsvicensibus, Luneburgicis & multis aliis necessaria est.

Prisco iure Germanico alienatio bonorum immobilium aliter rata non est, nec, quamvis traditione accedente, dominium transfert, nisi solemniter in iudicio declaretur. Declarationem hanc vulgo resignationem iudicialem, die gerichtliche Auflassung, vocant. Necessitatem huius resignationis ex iure naturae derivare non possumus, quippe quo simplex domini rem suam in alterum transferre volentis declaratio ad dominii mutationem sufficit, nec ad ius gentium referre, quum hi etiam, qui ius gentium

tium a iure naturæ diſtinctum ſibi fingunt, huic tamen originem reſignationis noſtræ adſcribere non audeant, fatente *Kleinio in diſſert. de Reſignatione iudiciali cap.* 1. *n.* 7. Aliqui cum *Andr. Meyero de Inveſtitura Saxonica cap.* 2. *n.* 15. eandem ex antiquiſſimis Romanorum iuribus, obſoleto nempe illo dominio bonitario & quiritario, trahunt. Infeliciter admodum, quum diſcrimen illud inter dominium quiritarium & bonitarium ante, quam ius Iuſtinianeum Germanis innotuit, ſit abrogatum. *L. un. C. de Nudo iure Quiritium tollendo.* Optime itaque faciunt, qui maiores noſtros ſola utilitate & ſecuritate publica inductos neceſſitatem reſignationis iudicialis ſanxiſſe dicunt. Nempe & reipublicæ intereſt, ſcire, quos prædiorum ſibi ſubiectorum poſſeſſores oneribus publicis ferendis obnoxios habeat, & ſingulorum quoque civium, ne in emtione & pignoratione iſtiusmodi bonorum decipiantur. Saluberrimum itaque hoc ius de reſignationis iudicialis in bonis immobilibus alienandis neceſſitate non ſoli Saxones, ut vulgo creditur, & ab omnibus fere perhibetur, ſed Germani omnes univerſali conſuetudine receperunt. Claræ ſunt conſtitutiones *Speculi Saxonici lib.* 1. *art.* 8. & 59. *Weichbildi art.* 20. *Speculi Suevici art.* 308. *Iuris Lubecenſis Part.* 3. *tit.* 6. *art.* 1. Neque obſoletum hodie eſt hoc ius. Retinuere quippe hoc omnes, & adhuc ſervant, quotquot iura Saxonica & ius Lubecenſe retinuerunt & ſervant, Miſni, Thuringi, Anhaltini, Halberſtadienſes &c. Et ex iis etiam, qui priſca iura Saxonica antiquarunt, multi tamen reſignationem iudicialem aut nunquam abiecerunt, aut abiectam aliquando, cognita eius utilitate, reduxerunt. In ducatu Magdeburgico neceſſitas bona immobilia iudicialiter alienandi cunctis imponitur per *Ordinat. polit. cap.* 22. §. 2. In ducatu Luneburgico cives omnes per *Ordinationem politicam Chriſtiani ducis cap.* 11. §. 1. & in ducatu Brunſvicenſi ruſtici de bonis ſuis iudi-

Digitized by Google

iudicialiter contrahere iubentur, Fürstliche Braunschweigische Landes-Ordnung *art.* 15. In civitatibus Brunsviga & Helmstadio novis legibus resignationis iudicialis necessitas quod ad bona immobilia stabilita fuit. Receperunt eandem *Hamburgum Part.* 2. *Statutorum tit.* 8. *art.* 6. item *Luneburga civitas in Ordinat: polit. Part.* 2. *tit.* 3. §. 1. De Batavis, Geldris, Flandris vide *Kleinium de Resignatione iudiciali c.* 1. *n.* 143. *sqq.* Ceterum de hoc argumento optime meritus est illustris *Bergerus*, atque id non solum ipse luculento commentario, quem *de Vtilitate usucapionis in probando dominio, iis præsertim in locis, quibus recepta est resignatio iudicialis*, inscripsit, explicuit, sed & eidem lucubratiunculas variorum auctorum, qui idem argumentum pertractaverunt, subiecit.

IV.

Venditor prædium venditum, antequam iudicialiter resignavit, valide oppignorat.

In iis locis, in quibus iudicialis resignatio recepta est, dominium rei venditæ, quamdiu resignatio illa non accessit, penes venditorem manet. Hic ergo rei servitutes & onera imponere eandemque creditoribus suis pignorare potest, arg. *L.* 6. *C. Si res aliena pignori.* Vide *Bergerum de Vtilitate usucapionis in probando dominio* §. 8. Dissentit quidem *Titius in Observatione* 569. *ad Lauterbachium*, sed infirmis admodum rationibus, dum negat, venditoris verum dominium esse. Ast non video, cur dominium hoc verum non sit. Est quidem, quod non diffiteor, venditor oppignorans in mala fide. Sed hæc mala fides creditori, qui in bona fide est, nocere non debet, verum ei potius, quem tempestive sibi vigilare atque de procuranda resignatione iudiciali solicitum esse oportebat. Itaque ICti Helmstadienses mense Maio anni cIↄ Iↄ ccxix. pignus a venditore, qui non resignaverat, impositum confirmarunt ex his ratio-

 nibus:

Digitized by Google

nibus: Die Ursachen, welche uns das dem Marquin auf dem blauen Krug verschriebene und von diesem an den Impetraten cedirte Unterpfand vor beständig zu achten, also voriges Urthel zu bestätigen bewogen haben, bestehen darinnen, daß das Eigenthum des streitigen Hauses, wenn gleich der mit der Hermannin getroffene Kauf quoad consensum zur Richtigkeit gekommen, dennoch wegen nicht darzu gekommener Einschreibung in das Wehrschafts-Protocoll und Schöpfen-Buch den dortigen Gesetzen nach bey der Verkäuferin, ungeachtet der geschehenen Uebergabe und von Käuferin erlangten Possess, geblieben, folglich dieselbe Macht, solches zu verpfänden, behalten.

V.

Omissio resignationis iudicialis contractum ipsum nullum non reddit.

VI.

Contrahens ergo ad implendum contractum & resignationem faciendam agere potest.

In iis, quibus resignatio iudicialis recepta est, locis quæstio hæc frequentissime agitatur, utrum ipse contractus, per quem alienatio facta, ob omissam resignationem iudicialem nullus sit, atque ab alterutra parte, invita altera, retractari possit. Quæ ut recte decidatur, inspici ante omnia oportet verba legis, qua resignatio iudicialis exigitur. Habemus quippe leges, quæ contractum totum irritum declarant, ac magistratus aliquam eius rationem habere vetant. Vide die Fürstliche Braunschweigische Landes-Ordnung *art.* 15. ibi: Alle Kauf-Briefe 2c. sollen den Fürstlichen Aemtern und den Gerichts-Herren vorgeleget, und von denselbigen bestätiget, sonsten aber darüber nicht gehalten werden, item *Ordinat. polit. civit. Luneb. P.* 2. *tit.* 3. §. 1. *verbis:* keine Kraft haben, und zu rechte darauf nicht erkannt werden. Adde *Krügeri civilis & statutarii*

tarii Luneburgici differentias insigniores cap. 1. §. 2. Vbi vero pœna hæc nullitatis lege comprehensa non est, defectus resignationis iudicialis translationem quidem dominii impedit, contractum vero ipsum nullum haud reddit. Ita sentiunt *Berlich. P.* 3. *decis.* 345. *n.* 15. *Kleinius de Resignatione iudiciali cap.* 1. *n.* 75. & *cap.* 2. *n.* 143. *sq. Mevius ad Ius Lubec. P.* 3. *tit.* 6. *art.* 1. *n.* 6. Quodsi ergo ipsa alienatio rata est, is, in quem ea facta fuit, agere quoque, alterumque ut rem tradat, aut, si iam tradidit, ut iudicialiter resignet, cogere potest. Vide *Meyerum de Investitura Saxonica cap.* 6. *n.* 13. & *Bergerum de Vtilitate usucapionis in iis locis, quibus recepta est resignatio iudicialis* §. 15. Obiicietur nobis forsan *lex.* 5. *pr. C. de Legibus*, in qua Cæsares omnia contra leges facta non solum inutilia esse, sed pro infectis etiam haberi iubent, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. Sed hæc lex ad quaestionem nostram trahi nequit. Iura enim, quæ resignationem iudicialem desiderant, contractus extra iudicium celebrari haud prohibent, verum iudicialem confirmationem saltem superaddi iubent. Quamobrem ICti Helmstadienses mense Februario anni cIↄ Iↄ CC XIX. sic responderunt: Will Georg Matthias das von seinem verstorbenen Vater hinterlassene, aber an den ältesten Bruder erster Ehe verkaufte und nach dessen Absterben dem zweyten Bruder erster Ehe, Engelhardten, durch Erbgangs-Recht zugefallene Haus vindiciren, jedoch vor allen Dingen des Rechtens belehret seyn, ob dieser Engelhardt das streitige Haus dem George Matthias eigenthümlich zu lassen schuldig oder nicht: Nun finden sich zwar bey der vorgegangenen Veräusserung solche Umstände, welche dieselbe gänzlich zu vernichten scheinen, immassen die nach den Braunschweigischen Stadt-Rechten nothwendige gerichtliche Auflassung vergessen worden, wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob sey die zu Nachtheil des Georg Matthiä an den ältesten geschehene Ueberlassung ungül-

 tig,

tig, folglich derselbe wohl berechtiget, in Ansehung dieser öffentlichen Nullität, gedachtes Haus zu vindiciren. Alldieweil aber die unterlassene solemne Resignation zwar translationem dominii verhindert, gleichwol den Contract selbst nicht ungültig machet, da zumal noch nicht ausgemachet, ob die resignatio iudicialis auch alsdenn, wenn die Erben bey der Theilung sich wegen eines unbeweglichen Erbschaft-Stückes vergleichen, und solches einem ihrer Mit-Erben zuschlagen, nothwendig sey; so seynd diese angeführte Umstände und Argumenta nicht hinlänglich, die an den ältesten Bruder geschehene Veräusserung des streitigen Hauses umzustossen.

VII.

Resignatio iudicialis etiam in divisionibus hereditariis, in quibus prædium alicui ex coheredibus addicitur, necessaria est.

Ex responso *in præcedente meditatione* adlato constabit, dubicasse olim ICtos Helmstadienses, sitne resignatio iudicialis necessaria tunc, quum in divisione hereditatis praedium hereditarium coheredi, ceteris coheredibus pecunia satisfacienti, addicitur. At enim vero deinde, re rectius reputata, scrupulus omnis exemtus est, pervicitque sententia hæc in iis locis, quæ resignationem iudicialem receperunt, per addictionem prædii hereditarii uni ex coheredibus factam non transferri dominium, nisi resignatio ista accesserit. Namque illa generalis ratio, propter quam resignatio iudicialis introducta est, ut nempe dominia rerum certa sint, etiam in addictionibus prædiorum hereditariorum locum invenit. Accedit porro, quod istiusmodi addictiones veræ venditiones sunt, *L.* 1. *C. Communia utriusque iudicii*, *L.* 3. *C. Communi dividundo*, quemadmodum latius ostensum fuit in *Specimine CXVII. de Impugnatione divisionum hereditariarum medit.* 1. Itaque sic responderunt ICti Helmstadienses mense Iunio anni cIↄ Iↄ cc xxvII. Es ist die

gericht-

gerichtliche Auflassung auch bey der ehemaligen Ueberlassung der Schneiderschen Güter an den letzt verstorbenen um so viel nöthiger gewesen, als dergleichen Ueberlassung unter Erben, bey welcher die übrige Mit-Erben mit Gelde abgefunden werden, ein wahrhaftiger Kauf ist, und denn die Braunschweigische Unter-Gerichts-Ordnung des Kaufs ausdrücklich gedenket.

VIII.

Heredes venditoris rem ab hoc venditam, sed nondum iudicialiter resignatam, vindicare nequeunt.

Equidem, resignatione iudiciali omissa, dominium penes venditorem manet. Videtur igitur heredibus eius vindicatio rei, quam ille alienavit & tradidit, sed nondum iudicialiter resignavit, competere. Verum non competit. Nam, sicut *supra in medit.* 5. ostendi, omissio resignationis iudicialis saltem dominii translationem impedit, alienationem vero ipsam nullam non reddit, nec emtori actionem emti adimit. Quodsi ergo ipse venditor actione tenetur, heredes eius, qui una cum illo persona sunt, *Novella* 48. *pr.* tenebuntur pariter. Magis vero, si ipsi agant, exceptione doli, aut rei venditæ & traditæ repellentur. *L.* 1. *L.* 3. §. 1. *de Exceptione rei venditæ*, *L.* 17. *L.* 73. *D. L.* 14. *C. de Evictionibus.* Et sic responderunt ICti Helmstadienses mense Iunio anni cIↃ IↃCCXXVII. Ist Jacob Schneider zu Braunschweig verstorben, und hat 4 Brüder und Schwester-Kinder nebst zweyen Bruders Kindes-Kindern nach sich gelassen. Als nun diese letztere nach dem ordentlichen Erbgangs-Rechte mit jenen nicht concurriren können, so verlangen sie zu wissen, ob sie an den von ihrem Elter-Vater, dem Christian Schneider, herrührenden, dem verstorbenen Jacob Schneider ehemals von seinem Geschwister bey der Erbtheilung abgetretenen aber niemals gerichtlich aufgelassenen unbeweglichen Gütern Anspruch machen können. Nun verordnen zwar die Braunschweigische Rechte deutlich, daß alle unbe-

Digitized by Google

wegliche Güter, deren Dominium, es sey auf was Weise es wolle, transferiret wird, gerichtlich aufgelassen werden sollen. Bey solcher Bewandniß gewinnet es das Ansehen, ob träten unsere jetzige Consulenten an ihres Großvaters des Daniels Schneiders Stelle, und könnten dessen Antheil von Jacob Schneiders hinterlassenen unbeweglichen Gütern, wovon jener das Dominium in Mangel der gerichtlichen Auflassung behalten, vindiciren. Alldieweil aber gedachter Daniel Schneider bey der mit seinem Geschwister getroffenen Erbtheilung und an Jacob Schneidern geschehenen Ueberlassung der unbeweglichen Güter seiner Portion halber sonder Zweifel mit Gelde, oder auf andere Art vergnüget worden, mithin, wenn er noch lebte, jederzeit zu gerichtlicher Auflassung obgemeldeter unbeweglichen Güter angehalten werden könnte, demnach dessen Nachkommen und Erben, welche mit ihm pro una persona geachtet werden, eben darzu verbunden seynd, und die gerichtliche Auflassung, wenn des Jacobs Erben solche fodern, annoch thun müssen, und die ehemals getroffene Erbtheilung selbst nebst der dabey geschehenen Abtretung der unbeweglichen Güter nicht anfechten können, welches um so viel weniger Zweifel hat, da Jacob Schneider und seine Erben, wenn Daniel Schneider oder dessen Erben diese unbewegliche Güter wirklich in Besitz hätten, selbige zu deren Uebergabe und gerichtlichen Auflassung anzustrengen berechtiget wären, folglich die Rechts-Regul statt finden muß, quod, quem tenet actio, eum longe magis repellit exceptio; So halten wir nicht dafür, daß unsere Quærenten an Jacob Schneiders Verlassenschaft Anspruch machen können.

COROL-

Digitized by Google

COROLLARIA.

1. Dixi in *meditat. 1.* Germanos priscos universali consuetudine resignationem iudicialem in alienatione bonorum immobilium desiderasse. Et qui leges ipsas a me allegatas inspicit, &, quam generaliter illæ loquantur, considerat, de veritate dictorum meorum non dubitabit. Sed tamen *Franzkio Variar. Resolut. lib. 2. quæst. 12.* in mentem venit, necessitatem resignationis istius ad solam donationem, & quidem non omnium bonorum, sed aviticorum saltem, restringere, quod & *Bergerus in Oeconomia iuris pag. 246., n. 5.* verum credit. Ego autem, ut illis adsentiam, induci non possum, quamvis de solo iure Saxonico loquantur. Nam & iure Saxonico in omni alienatione quorumcunque prædiorum, etsi noviter adquisitorum, resignationem desideratam fuisse, inde constat, quod & *Speculi* & *Weichbildi* verba generalia sint, & cum iuribus Suevico ac Lubecensi, quorum constitutio etiam generalis est, accurate conveniant, denique ratio introductæ resignationis generalis sit, atque ad omnia bona omnesque alienationes pertineat.

2. Minor contra alienationem prædii sui, etsi iudicialis resignatio accesserit, in integrum restitui potest, si magna læsio appareat, arg. *L. 11. C. de Prædiis & aliis rebus minor.* sed non facile, ne securitas publica turbetur. Ita ICti Helmstadienses iudicarunt: **Wir haben der Klägerin die restitutionem in integrum abgeschlagen, weil die gerichtliche Auflassung und Einschreibung in das Stadt-Buch darzu gekommen, welche sonderlich securitatis publicæ causa eingeführet ist, mithin ohne sehr wichtige Raison nicht annulliret oder rescindiret werden muß.**

SPE-

SPECIMEN CCCCXLVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

AEDIFICATIONE IN SOLO ALIENO

PVBLICE DEFENSVM

AB

OTTONE HENRICO BEHLEN

CELLENSI. LL. CVLT.

D. III. SEPTEMBR. cIↄ Iↄ cc XXVII.

I.

Is, in cuius ſolo ædificatum fuit, indiſtincte obligatur, in quantum locupletior factus eſt.

II.

Etiam is, qui bona fide ædificat, nihil ultra id, in quo dominus locupletior factus eſt, conſequitur.

III.

Excipiuntur poſſeſſor hereditatis, creditor pignoratitius & maritus quod ad rem dotalem.

Quantis difficultatibus innexa ſit doctrina de ſumtibus ei, qui in ſolo alieno ædificavit, reſtituendis, ex variis, quas interpretes circa hoc argumentum movent, diſputationibus, & infinitis, quas inter bona & mala fide ædificantem, inter deducere & tollere, inter impenſas neceſſarias, utiles, voluptuarias & delicatas, inter iudicia univerſalia & ſingularia &c. faciunt, diſtinctionibus patet. In foro tamen

Digitized by Google

men minus acriter de his ſumtibus diſputari & ſimplicem æquitatem, poſthabitis fere omnibus diſtinctionibus, ſpectari animadverto; recte quidem, et ſecundum Celſi doctrinam, qui in *L.* 38 *de Rei vindicatione* bonum iudicem de his ſumtibus varie ex perſonis cauſſisque conſtituere iubet. Fundamentum nempe, quod unice fere in iudicando attenditur, in hac regula poſitum eſt: eum, in cuius ſolo ædificatum fuit, non debere locupletiorem fieri cum ædificantis heredumve eius damno. Et profecto non erraverint interpretes, ſi iſtam fori ſimplicitatem imitentur, atque omiſſis inutilibus litibus abſolute dicant, eum, in cuius ſolo ſive bona ſive mala fide ædificatum eſt, & neceſſarias & utiles impenſas reſtituere, et ablationem voluptuariarum permittere debere, eatenus ſaltem, quatenus locupletior factus eſt. Et poterunt profecto, ſi hoc principium recipimus, leges obſtantes omnes, quas vulgo crepant, commode conciliari. Vna forte limitatio in hereditatis petitione facienda eſt, in qua mire favetur bonæ fidei poſſeſſori, ut non neceſſarias ſolum & utiles, ſed & voluptuarias impenſas repetat, quamvis dominus inde haud profecerit. *L.* 38. *&* 39. §. 1. *de Hereditatis petit.* Extra hereditatis petitionem vero ædificanti, etſi in optima fide ſit, de impenſis nihil reſtituitur, ſi quidem res periit, aut domini patrimonium per illas auctum non fuit. Diſſentiunt aliqui, & inter hos *Treutlerus vol.* 2. *diſp.* 20. §. 6. *lit. b.* ei etiam, qui ſcienter in alieno ædificavit, impenſas deducere permittit, etſi res non exſtet amplius, in quam factæ ſunt. Sed Treutlero iam ſatis accurate reſpondit *Bachovius ad eum locum*, oſtenditque, quod ille a creditore et marito ex *L.* 8. *de Pignor. act. & L.* 4. *de Impenſis in rem dotalem* deſumit, argumentum huc non pertinere, quum & creditor & maritus impenſas facere ex officio obligentur, atque adeo easdem ex ſingulari ratione repetant. Ipſe tamen

Bachovius ibidem lit. c. verbis: *in quantum res locupletior est facta*, bona fide ædificanti impensas necessarias, etsi ædificium perierit, attribuit; quod nec ego admittendum puto. Durum nimis onus rem suam repetenti sic imponitur, & contra *legem* 48 *de Rei vindicat.* quæ generaliter de impensis tam necessariis quam utilibus agit, atque in utrisque æquitatis rationem servari, atque easdem bonæ fidei possessori, meliore saltem prædio facto, restitui iubet. Obstare nobis unice videtur *lex* 38. *de hereditatis petit.* At in hereditatis petitione singulare quid obtinere, iam ante dixi, cuius rei ratio est, quod heredicatis petitor merum lucrum consequitur, atque adeo sine gravi molestia bonæ fidei possessorem, si is quid forte impendit, quod deinde sine culpa eius periit, indemnem servat, ex notissima illa iuris regula, quæ in *L.* 33. *de Regulis iuris* habetur. Itaque ICti Helmstadienses impensas bona fide ædificanti nunquam aliter adiudicant, quam in quantum dominus soli locupletior factus est. Commemorabo exemplum. Vasallus, si quid in fundo feudali ædificat, bona fide id facit, quoniam iura hoc ei permittunt, atque etiam repetitionem, exstincto feudi nexu, concedunt, 2. *F.* 28. §. *Si vasallus.* Fac ergo, vasallum, quum feudum primum adipiscitur, ædes exiguas nec satis commodas reperire, atque adeo, iis destructis, ampliores melioresque ædificare, deinde feudum ad dominum reverti. Habebit utique ius retentionis, ut recte *Mevius P.* 3. *dec.* 368. ait, sed tamen nec impensas omnes, quas fecit, recuperat, nec præsens æstimatio ædificiorum illi restituitur, sed deducitur ante omnia pretium eorum ædificiorum, quae in principio adfuerunt & a vasallo ædificante deiecta sunt. Nam, hoc demum deducto, dominus locupletior factus dicetur. Sic responsum fuit mense Augusto anni cIↄ Iↄ cc xxiv. Wird gefraget, ob die Herren von Wardenburg, da das Guth wieder an

sie

sie käme, dem Herrn von Bresau, oder seinen Erben, das von ihm auf dem After-Lehn-Hofe erbauete neue Haus nach dem jetzigen Werthe bezahlen müssen. Nun wird zwar in dem letzten Lehn-Briefe der Bau- und Meliorations-Kosten mit keinem Worte gedacht. Dieweil aber dennoch auch nach den gemeinen Rechten die von dem Vasall aufgewendete Besserungs- und Bau-Kosten, ungeachtet derselben in dem Lehn-Briefe nicht die geringste Meldung geschiehet, nach Eröfnung des Lehns gut gethan werden müssen, und den Erben des Lehn-Mannes dieserhalben das ius retentionis zustehet; so seynd die Herren von Wardenburg, daferne das Guth wieder an sie kommt, allerdinges schuldig, dem Herrn von Bresau oder seinen Erben die von ihm auf dem Hofe geführte Gebäude nach ihrem jetzigen Werthe zu bezahlen; Gleichwol, da ein dominus directus und Lehn-Folger nur in so weit, als das Guth würcklich verbessert worden, verbunden ist, und denn aus den beygelegten Documenten erhellet, daß gleich Anfangs brauchbare Gebäude auf dem Guthe gestanden, so wird der Werth der vorher auf dem Guthe gestandenen Gebäude, nach billiger Ermäßigung eines vernünftigen Richters, von den zu erstattenden Kosten abgezogen.

IV.

Is, qui domino prohibente in solo alieno ædificat, necessarias quidem, sed non utiles, nec voluptuarias impensas recuperat.

V.

Censetur domino prohibente ædificare is, qui summam impensarum sibi a domino præscriptam excedit.

Quod antea dixi, eum, qui mala fide in solo alieno ædificat, hos tamen sumtus, per quos dominum soli locu-

pletiorem reddidit, recuperare, id limitat *Treutlerus vol.* 2. *disp.* 20. §. 6. *lit. b.* nisi dominus denunciavit, ne ædificaret. Et facile adſentirem Treutlero, ſi de utilibus impenſis ei ſermo eſſet. Verum quum de neceſſariis agat, recte eum refellit *Bachovius*. Has enim, e. g. ne ædes ruinoſæ fulciantur, prohibere nequit dominus, quoniam id in diſpendium boni publici tenderet, ut bene ait *Hoppius ad* §. 1. *I. de Obligationibus, quæ quaſi ex contractu*, verbis: *Deſerentur negotio*. Memini itaque, conductori adiudicatas fuiſſe expenſas in ædificationem horrei factas, etſi in inſtrumento locationis locator ſtipulatus eſſet, ne quid in fundo contra voluntatem ſuam ædificaretur. Oſtendebat quippe conductor, receptaculum frugum aliud non ſuppetiiſſe, atque adeo locatorem ſine cauſſa ædificationi contradixiſſe. De utilibus autem impenſis res certa eſt. Qui eas, domino prohibente, facit, re ipſa illas donat. *L.* 40. *Mandati*, *L. ult. C. de Negotiis geſtis*. Prohibitio vero non ſolum expreſſe fit, ſed aliquando implicite. Memorabo exemplum: Princeps architectum ſibi domum exſtruere iubet, data ſimul ichnographia, qua tanquam regula in ædificando utatur, ſed certam ſimul pecuniæ ſummam definit, quam ille in opus faciendum impendat. Aedificat architectus magnificam domum, & ichnographiæ ſibi datæ ex aſſe convenientem, ſed ſummam ſumtuum definitam multis millibus excedit. Repetit deinde hunc exceſſum; at dominus ſe ad reſtituendum obligatum negat. Conſulti Helmſtadienſes menſe Iunio anni CIↃ IↃ CC XXVII. pro domino reſponderunt ex rationibus, quæ melius ex reſponſo ipſo addiſcentur: Hat der Architecte Wilibald auf ſeines Herrn Befehl, und in deſſen Abweſenheit, ein Gebäude binnen 3 Jahren errichtet, jedoch ſtatt der ihm dazu angewieſenen 54000 Reichs-Thaler, zuſammen 140000 Reichs-Thaler, und alſo 86000 Reichs-Thaler mehr, als er Befehl gehabt, ſeinem Vorgeben

ben nach aufgewendet, und zu dem Ende aufgenommen, welche er denn mit der Interesse anjetzo zurücke fodert. Entstehet demnach die Frage, ob der Herr hierzu den Rechten nach verbunden sey. Nun seynd die natürliche und geschriebene Rechte hierunter einig, daß ein Mandatarius, welcher auf das ihm anvertrauete Geschäfte mehr, als ihm befohlen worden, verwendet, den Ueberschuß nicht wieder fodern könne, es sey denn, daß er entweder ein Mandatum implicitum, oder ein tacitum, oder endlich den offenbaren Nutzen des Mandantis vor sich anführen könne. Es wird zwar Wilibald dieses alles dreyes ihm zu Nutze zu machen suchen, und anfänglich vorwenden, ein jedwedes Mandatum, es sey so speciell verfasset, als es wolle, halte implicite die Freyheit in sich, alles dasjenige zu thun, was der Mandatarius, den Endzweck des Mandantis zu erlangen, und dessen Nutzen zu befördern, convenable finden werde, *L. 56. 62. de Procuratoribus*, mithin sey ein Mandatarius und Fürstlicher Bedienter keinesweges an den Buchstaben des ihm gegebenen Mandati gebunden, sondern könne solches alsdenn, wenn er den offenbaren Nutzen seines Principalen siehet, ohne Bedenken überschreiten, *L. 46. Mandati, c. 5. X. de officio & potestate iudicis delegati*, und verbinde dadurch seinen Herrn, auch den Excess genehm zu halten, *Leyser in Med. ad π. Spec. 180. de Obligatione mandantis med. 3.* ja sündige sogar, wenn er durch ein cœcum obsequium ad litteram seines Herrn Nutzen verabsäumet, oder demselben Schaden zufüget. idem *Leyser in dissert. de Veris delictis ministrorum principis* §. 22. Diesemnach, wird er sagen, sey auch ihm, dem man einen gewissen Riß, um darnach den Bau zu führen, vorgeschrieben, implicite befohlen worden, wenn die jährlich zugestandene 18000 Reichs-Thaler nicht hinreichen sollten, ein mehreres aufzunehmen, und damit den Bau nach des Herrn Willen zu vollführen. Nächstdem wird er auch daraus, daß sein Herr schon vormals in gleichen Fällen, da die angewiesene Gelder nicht zugereichet, ihm dem Wilibald die aufgenommene ansehnliche Posten erstattet, in gegenwärtigem

Falle ein Mandatum tacitum erzwingen wollen, arg. *L. ult. Quod cum eo, qui in aliena potestate.* Endlich wird er noch die actionem negotiorum gestorum zu Hülfe nehmen, und anführen, das Gebäude reiche zu des Herrn und der ganzen Hofstatt Nutzen und Bequemlichkeit, und müsten folglich diese impensæ utiles, ungeachtet sie ohne des Herrn Wissen und Willen geschehen, restituiret werden. Bey solcher Bewandniß gewinnet es das Ansehen, ob sey Wilibald nicht allein die 86000 Reichs-Thaler selbst, sondern auch nach Verordnung der Rechte in *L.* 19. §. 4. *de Negotiis gestis* die Zinsen davon wieder zu fodern berechtiget. Alldieweil aber 1) sowohl die gesunde Vernunft, als der oben angezogene *Lex* 46. *Mandati*, dem Mandatario a forma mandati abzuweichen schlechterdings verbietet, quoties certum mandatum est, das ist, wenn der Mandans sich deutlich erkläret, wie weit der Mandatarius gehen solle, welches insonderheit in dem Falle geschiehet, da er ihm eine gewisse Summam Geldes vorschreibet, also implicite mehr zu geben verbietet, §. 8. *I. de Mandato*, *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 5. *ff. Mandati*, dawider nichts thut, daß die zugestandene Summa zu Errichtung des Baues nach dem vorgeschriebenen Risse nicht hingereichet, indem Wilibald als ein Architecte dieses gleich Anfangs, da ihm der Riß vorgeleget, und das dazu destinirte Geld gemeldet worden, verstehen, und seinem Herrn sagen, oder doch wenigstens bey wehrendem Bau schreiben und desselben weitere Befehle, ob er den Bau enger einziehen, oder mehrere Gelder dazu aufnehmen solle, erwarten müssen, da er zumal das letztere in andern Affairen gethan, hiernächst 2) die Gütigkeit des Herrn, der ihm ehemals in gleichmäßigem Falle den Ueberschuß restituiret, Wilibalden anjetzo mehr zum Nachtheil als Vortheil gereichet, da der Herr ihm bey der Restitution sein Unternehmen verwiesen, und in Zukunft ein mehreres, als ihm assigniret werden würde, aufzuwenden ausdrücklich verboten, schlüßlichen 3) actio negotiorum gestorum alsdenn hinwegfällt, wenn der Herr des Negotii solches verboten, dergleichen Verbot

denn nicht allein implicite durch Vorschreibung einer gewissen Summe, sondern jetzt angeführter Massen sogar expresse geschehen, worzu weiter kommt, daß das ganze Gebäude eine maison de plaisance, folglich die darauf gewendete Kosten gar nicht utiles, sondern nur voluptuariæ seynd, welche ein negotiorum gestor nicht wieder fodern kann, *L. 27. pr. de negot. gestis*; So ist der Herr dem Wilibald die uber die ihm angewiesene Summa verbauete 86000 Reichs-Thaler nebst den Zinsen gut zu thun, den Rechten nach nicht verbunden.

VI.

Qui in solo publico ædificat, ædificium retinet, suscepto annuo solario.

Commemorat *Carpzovius P. 3. C. 31. def. 10. n. 8.* responsum scabinorum Lipsiensium, quo illi ædificium in solo publico civitatis a privato positum civitati adiudicarunt, sequuti communem regulam, qua, quidquid solo inædificatur, solo cedere iubetur. At enim vero ista regula limitatur in *l. 2. §. 17. L. ult. Ne quid in loco publico & L. 1. C. de diversis prædiis*, quod ad solum publicum, iubeturque is, qui in solo publico ædificavit, opus id, si quidem usui publico obstet, tollere, at, si non obstet, solarium præstare. Recordor motam hac de re in oppido Helmstadiensi litem. Posuerat quis conclave in muro civitatis, cui totæ ædes adiacebant, Senatus populusque id conclave ærario suo vindicabant. Dato mihi a Principe negotio, ut litem componerem, effeci, ut ædificanti opus relinqueretur, is vero, promisso annuo solario, dominium directum civitatis agnosceret.

VII.

Dominus, cui ædificium in solo suo ab alio positum nocet, ædificantem, ut id tollat, cogere potest.

VIII.

Digitized by Google

VIII.

Iudex tamen, qui damnum exiguum esse animadvertit, ædificium recte relinquit, atque ædificantem domino saltem in certam pecuniam condemnat.

Aliquando ædificium, quod quis in solo alieno ponit, domino soli nocet. Tunc vero dominus interdictum quod vi aut clam habet, cogitque ædificantem, ut, si opus adhuc possideat, eius tollendi patientiam & impensam, si non possideat, solam impensam, tertium vero possessorem, ut patientiam tantum præstet. *L.* 16. *§. ult. Quod vi aut clam.* Verum hic iudicis arbitrium non excluditur prorsus. Animadvertit is sæpe, destructionem magis ex æmulatione & invidia, quam ut re vera domini intersit, peti. Memorabo exemplum. Eques quidam in prædio suo domum ædificarat, sed limites suos paulo excesserat, & opus in locum, qui rusticis propius erat, & per quem illi armenta sua in pascua agebant, extenderat. Rustici ergo interdicto quod vi aut clam experiebantur, atque inprimis equiti malam fidem obiectabant, quod inter ædificandum lapidem finalem removisset. Nec negare factum eques poterat, & se ad transigendum paratum ostendebat. At rustici, futuræ victoriæ certi, cum supercilio conditiones omnes respuebant, atque, ut ædificium deponeretur, poscebant. Et, si strictum ius spectes, oportuisset equitem damnari, ut destrueret opus. Ita vero ille in damnum maximum incidisset, rusticis autem, quibus stante etiam ædificio sat spatii ad agenda armenta supererat, parum emolumenti accessisset. Quamobrem ICti Helmstadienses mense Decembri anni cIↃ IↃCCXVIII. ædificium rescindi vetarunt, atque equitem, ut soluta pecunia exiguum, quod rusticis forte ferendum erat, incommodum pensaret, damnarunt: Daß Beklagter die zwey neue Häuser in Waldsachsen entweder abzubrechen, oder sich dieserhalb mit Klägern in Güte zu vergleichen, nicht weni-

ger

Digitized by Google

ger wegen des bey Erbauung der Ziegel-Hütte weggenommenen Grenz-Steines und geschmälerten Viehtreibe den Klägern 20 Reichs-Thaler zu geben schuldig. V. R. W. Rat. dec. Es findet sich aus den Acten so viel, daß der Beklagte die zwey neue Häuser in Waldsachsen ohne Vergönstigung zu der Klägere Nachtheil aufrichten zu lassen nicht befugt gewesen. Daferne er sich nun derselben halber mit der Gemeine nicht gütlich vergleichen kann, so muß er sie allerdinges wieder abbrechen. Weiter ist wegen der Ziegel-Hütte Streit entstanden. Nun erhellet zwar aus den Acten deutlich, daß Beklagter den aufgefundenen Grenz-Stein nicht respectirt, sondern solchen aus eigener Macht wegräumen, das Gebäude weiter, als sich gebühret, hinaus setzen lassen, und dadurch der Klägere Viehtreibe geschmälert, bey welcher Bewandniß es scheinet, es hätte ihm die Ziegel-Hütte in so weit, als sie über die Grenzen gebauet, wieder abzureissen, anbefohlen werden sollen. Dennoch aber und dieweil bey Grenz-Streitigkeiten es gänzlich auf die Billigkeit und des Richters Gutachten ankommt, und diesem sogar freystehet, vorkommenden Umständen nach, die alten Grenzen zu ändern, und einem Theile etwas gegen Erstattung einer Summa Geldes zuzulegen; So haben wir solches allhier um so viel desto mehr gethan, da wir aus den Acten nicht undeutlich ersehen, daß die Klägere noch genugsamen Platz, ihr Vieh zu treiben, übrig behalten, folglich ihr hierunter versirendes Interesse so gar groß nicht ist. Movit nos inprimis favor ædificiorum, quæ sine gravi causa rescindi non oportet. Deinde in *L.* 3. *Finium regundorum* permittitur iudici, ex alterius prædio alii quid adiudicare, et hunc invicem pro eo, quod ei adiudicatur, certa pecunia condemnare. Porro in *L.* 28. *Communi dividundo* negatur, socium semper cogi posse, ut factum in solo communi illicite opus tollat. Denique, quod caput rei est, officium iudicis ita constringi non oportet, ut contra æquum et bonum iudicare ei necesse sit. Qua de re ample dictum

in

in *dissertatione, qua popularis error de necessaria sententiæ ad libellum conformatione explosus fuit.*

COROLLARIVM.

Regula: Omne, quod solo inædificatur, solo cedit; in favorem domini stabilita, nocere ei non debet. Invitus igitur, ut ædificium suo solo impositum retineat, sumtusque solvat, cogi nequit. Exemplum erit in locatore aut successore feudi, quamvis de locatore dissentire videatur *Huberus in Prælect. ad tit. D. Locati §. 13. 14.*

SPECIMEN CCCCXLVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

PICTVRA.

I.

Pictura ad se trahit tabulam, §. 34. *I. de Rerum divisione*, non etiam alias res. Igitur qui cistis alienis, armariis, umbellis, ædibus picturas illinit, dominus earum propterea non efficitur. Vide *Bergeri Resolut. Lauterb. pag.* 703.

II.

Neapoli effigies Christi de cruce suspensi ostenditur, quam ut accuratius pingeret Michael Angelus, rusticum cruci adfixisse perhibetur. De veritate huius facti dubitat *Misson in Itinerario Italico epist.* 22. Si vera est historia, Michael imitatus est Parrhasium, qui apud *Senecam lib.* 10. *controv.* 5. senem captivum ad necem usque torsit,

&

Digitized by Google

et ad exemplum eius Promethea pinxit. Vterque pictor ultimum supplicium meruit.

III.

Imaginem alicuius adservare, adfectionis indicium est, & aliquando adservantem suspectum reddit. Sic Nero apud *Tacitum Annali XVI. cap.* 7. Cassio cuidam tanquam semina belli civilis et defectionem a domo Cæsarum quæsitam obiectat, quod inter imagines maiorum etiam C. Cassii, qui Iulium Cæsarem occiderat, effigiem coluisset. Et *Ambrosius lib. I. Offic.* narrat, quosdam capitali supplicio damnatos, quia Bruti & Cassii, interfectorum Cæsaris, imagines adservarent. Nec recentiora exempla desunt. Refertur in *Theatri Europæi tom. XI. pag.* 546. Genuensem senatum anno 1673. Gallis maxime infensum, ut fautores partium Gallicarum investigaret, convocatos pictores omnes interrogasse, quot imagines regis Galliarum pinxerint, quibusque eas vendiderint.

IV.

Quum Carolus VIII. Galliarum rex edicto publico vectigal mercibus omnibus imponeret, cunctaque privilegia immunitatis cessare iuberet, magistratus tamen aliquot sententiis picturas et libros huic oneri exemerunt, teste *du Perier Vol.* 2. *des oeuvres playdoy*. 9. Ego iudices istos contra legem iudicasse puto.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXLIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. I.

DE

COMMIXTIONE

PVBLICE DEFENSVM

A

RVDOLPH. AVGVST. KOVE
CLÖTZENSI - HANNOV. LL. CVLT.

D. VI. SEPT. cIↄIↄccxxvii.

I.

Ex commixtione vera communio oritur.

II.

Commixtio integrorum patrimoniorum freqnens est.

III.

Bona commixta, si non constet, quantum quisque habuerit, æqualiter dividuntur.

Inter confusionem & commixtionem, quarum illa est rerum liquidarum, hæc aridarum, nihil in effectu interest. Equidem Iustinianus in §. 27. & 28. *I. de Rerum divis.* discrimen inter utramque facit, atque corpus quidem, quod ex confusione fit, commune esse iubet, de commixtione vero idem negat, sed singulis dominis id, quod cuiusque fuit, vindicare permittit. Ipse tamen agnoscit tandem, separationem hanc, qua quisque suum recuperet, impossibilem futuram, atque adeo ad arbitrium iudicis

Digitized by Google

iudicis pertinere, ut ipſe æſtimet, quales cuiusque res fuerint. Igitur re vera communio etiam ex commixtione oritur, ut recte obſervat *Ludovici in Doctrina pandectarum tit. de Adquirendo rerum dominio* §. 20. Atque huius commixtionis frequentia exempla quotidie occurrunt, non in levibus rebus, ſed in integris patrimoniis & hereditatibus, quae ita ſæpe invicem confunduntur, ut ſeparatio impoſſibilis efficiatur. Nec curo Vlpiani effatum, qui in *L.* 1. §. 12. *de Separationibus* perraro hoc contingere poſſe ait. Contrarium enim experientia docet. Nec duo ſaltem, ſed aliquando tria, quatuor plurave patrimonia permiſcentur, id quod maxime per diverſa matrimonia, ſecundasve, tertias et quartas nuptias fit. Poſcentibus tandem ſeparationem liberis, quid faciendum? Recte Iuſtinianus in §. 28. *I. de Rerum diviſ.* æſtimare iudicem iubet, qualia cuiusque bona fuerint. Sed deficit plerumque fundamentum æſtimationis, ſufficiens nempe notitia. Et, ſi quæ coniecturæ apparent, hæ infirmæ ſunt, animumque iudicis incertum relinquunt. Tum vero optimum, ut æquales partes conſtituantur, quod & in *L.* 3. §. 2. *de Rei vindicatione* non obſcure præcipitur. Sic ICti Helmſtadienſes menſe Martio anni cIɔIɔccxix. reſponderunt: Nachdem der verſtorbene Nieſener mit ſeinem Stief-Sohne, dem jetzigen Beklagten, wegen deſſen väterlichen und mütterlichen Erbſchaft keine Abrechnung gepflogen, oder ſonſt Richtigkeit gemacht, alſo des erſteren ganzes Vermögen dem letzteren nach Verordnung der Rechte *L.* 6. *C. In quibus cauſſis pignus vel hypotheca*, ſtillſchweigend verpfändet, und die Nieſeneriſche Söhne ihm wegen beyder Erbſchaften Rede und Antwort zu geben verbunden ſeynd, gleichwol die mit einander vermiſchte drey Erbſchaften von ſammen zu ſondern, ſchwer und faſt unmöglich fallen würde; ſo iſt der gethane Vorſchlag, daß nemlich alles in eine maſſam geſchlagen, und unter die 4 Brüder gleich

vertheilet werde, sehr vernünftig und billig, demnach von uns gleichfalls angenommen und bey Entscheidung dieser Sache zum Grunde gesetzet worden.

IV.

Commixtio plurium patrimoniorum ex voluntate dominorum facta societatem constituit.

V.

Ergo lucra æqualiter dividuntur, & erogata in commune imputantur.

Communio & societas in eo differunt, quod in illam casu incidimus, hanc mutuo consensu inimus. Is mutuus consensus expressam declarationem non desiderat, ut quidem *Huberus in Prælect. ad tit. I. de Societate* §. 2. putat, sed factis etiam manifestatur. *L.* 4. *ff. L.* 2. *C. Pro socio, L.* 2. *pr. Communi dividundo.* Istiusmodi factum est collatio bonorum. Per hanc vera oritur societas, qua dissoluta, si non constet, quantum quisque contulerit, omnia, scilicet & bona ipsa & lucra, æqualiter dividuntur, arg. §. 1. *I. de Societate.* Memorabo exemplum. Vir viduam ducit, liberos ex priore matrimonio habentem, & cum his in bonorum communione viventem. Ipse quoque patrimoniolum suum in commune confert. Atque ita per multos annos vivitur, totumque corpus bonorum assiduo coniugum ac liberorum labore egregie augetur. Mortua tandem uxore, provocatur ad divisionem, & quum de bonis primi mariti certo non constaret, omnia æqualiter dividuntur. Impugnat deinde hanc divisionem viduus, atque sibi ante omnia fructus, quotquot constante matrimonio percepti fuerint, & cuncta augmenta præcipua vindicat.

Digitized by Google

cat. Se quippe bonorum uxoriorum fructuarium fuisse, & privignis, si quam etiam partem illi habuerint, ex hac alimenta præstitisse dicit. Verum ICti Helmstadienses mense Martio anni cIↄ Iↄ cc xxvii. veram hic societatem bonorum omnium initam, & quæ in alimenta & coniugum & liberorum erogata fuerint, in commune imputanda esse, arg. *L.* 73. §. 1. *Pro socio*, atque postulatum vidui, ut sibi emolumenta omnia relinquantur, leoninam societatem, de qua in *L.* 29. §. 2. *Pro socio*, sapere, crediderunt, igitur liberos ab instituta actione absolverunt: Daß Beklagte von angestellter Klage zu entbinden, und Kläger ihnen alle durch diesen Procefs verursachte Unkosten zu bezahlen schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Kläger hat eine Wittwe mit drey Kindern geheyrathet, derselben 60 Marck zugefreyet, und in der errichteten Ehe-Stiftung abgeredet, daß er nach der Frauen Tode von ihren Gütern ein Kindes-Theil nehmen solle. Er ist hierauf, ohne die Kinder abzufinden, in die gemeinschaftliche Güter gezogen, hat solche nebst der Frau und den Kindern unzertheilet besessen und administriret, da denn solche Güter durch gute Haushaltung dergestalt angewachsen, daß sie jetzo ein weit höhers, als sie zu der Zeit der Heyrath werth gewesen, betragen. Kurz vor ihrem Tode hat die Frau einen letzten Willen in Beyseyn und mit ausdrücklicher Bewilligung des Mannes errichtet, und darinnen alle vorhandene Güter zwischen Mann und Kindern gleich zu theilen befohlen. Bey Eröfnung dieses letzten Willens haben allerseits Interessenten sich an Eydes statt selbigen nachzukommen obligiret, vier Wochen darauf einen Erb-Vergleich mit einander errichtet, selbigen dem Rathe vorgetragen, sich darzu bekennet, und dessen gerichtliche Bestätigung erhalten. Nichts destoweniger kömmt nunmehr Kläger, und will unter dem Vorwand einer weit über die Helfte steigenden Verkürzung den ganzen Handel über den Haufen stossen. Nun hätte er zwar nach deutlichen Inhalte der Rechte in *L.* 3. & 8.

C.

C. Communia utriusque iudicii, L. 78. §. ult. ad SCtum Trebellianum & L. 41. C. de Transactionibus sofort a limine iudicii abgewiesen werden können. Allein die Hochfürstliche Iustiz-Cantzley hat ihm zum Ueberfluß den Beweis seiner vorgegebenen Læsion verstattet. Diesen hat er nun hauptsächlich durch Taxation der sämmtlichen Güter zu führen gesuchet, und dabey weitläuftig vorgestellet, daß alles, was stehender Ehe erworben worden, ihm allein zugehöre, und daß die Ehe-Stiftung und darinn anbefohlne Theilung nur von den damals vorhandenen Gütern zu verstehen sey; alldieweil aber der ganze Grund, worauf des Klägers Beweis ruhet, daß nemlich die völlige Nutzung der sämmtlichen Güter und aller derselben Anwachs ihm allein zugehöre, nichtig und falsch ist, indem die ganze massa bonorum, in welche der Kläger eingefreyet, nicht seiner Frauen Eigenthum, sondern derselben und ihrer Kinder Gemeinschaft gewesen, diese Kinder auch damalen, wie sonst den Rechten nach geschehen sollen, nicht abgetheilet worden, sondern bey den Eltern in den gemeinen Gütern geblieben, und zu deren Verbesserung vieles durch ihre Arbeit mit beygetragen, gestalt insonderheit David Coope laut Testaments als ein Knecht gedienet und in der Haushaltung treulich mitgearbeitet, folglich allhier eine wahrhaftige Societas zwischen der Mutter, dem Stief-Vater, und den drey Kindern gewesen, mithin eine societas leonina entstehen würde, wenn der Stief-Vater, welcher die Alimenta so gut als die Kinder mit genossen, den Kindern ihre empfangene Alimenta statt des lucri anrechnen und den sämmtlichen Ueberschuß vor sich behalten wollte, hingegegen solche Prætension höchst unbillig, und vielmehr das lucrum gleich zu theilen, auch die Ehe-Stiftung nicht wohl anders erkläret werden kann; so haben wir Beklagte von angestellter Klage entbunden, und Klägern in die durch seine ganz ungegründete Klage verursachte Unkosten verdammet.

Digitized by Google

VI.

Creditor, qui debitoris ſui bona cum ſuis commiſcet, concreditoribus obligatur.

VII.

Igitur, ſi bona commixta ſeparari nequeunt, concurſus contra ipſum continuatur.

Poſt mariti obærati fugam uxor, ne illatis excideret, in poſſeſſione bonorum manſerat, ſed hæc tam male adminiſtrarat, ut contra mortuam concurſus creditorum ſuſcitaretur. Conſurgebant ſimul mariti creditores, &, quum ſeparatio bonorum impoſſibilis eſſet, ut ſecundum *L.* 1. §. 12. *de Separationibus* utriusque conjugis creditores tanquam ad unius debitoris bona æqualiter admitterentur, flagitabant. Intercedebant uxoris creditores, negabantque, *legi* 1. *de Separationibus*, quæ de bonis defuncti & heredis confuſis agat, hic locum eſſe, quum uxor non tanquam heres, ſed tanquam creditrix in bonis mariti manſiſſet, atque ea quaſi in ſolutum accepiſſet. Malebant ergo ſoli, excluſis mariti creditoribus, patrimonium invicem dividere. At ICti Helmſtadienſes menſe Octobri anni cIↄ Iↄ CCXIX. omnes communiter admiſerunt. Namque creditor, qui debitoris ſui bona ſolus occupat, propterea ceteros creditores non excludit, ne quidem, ſi iudiciali auctoritate in poſſeſſionem miſſus ſit, *L.* 12. *pr. de Rebus auctoritate iudic. poſſid.* Ergo creditores ceteri contra illum actionem habent, ut bona debitoris a ſuis ſeparet ipſisque pro rata cedat. Quodſi hæc ſeparatio impoſſibilis eſt, bona omnia communia fiunt per ſupra dicta, atque inter primi debitoris & ipſius poſſeſſoris creditores ſecundum §. 28. *de Rerum diviſ.* ex arbitrio iudicis dividuntur. Sic reſponſum fuit: Anfänglich iſt die Præiudicial - Frage zu erörtern, ob des ausgetretenen Heldts

Gläubiger bey diesem Concurse leer ausgehen. Der Curator bonorum bejahet solches, und führet zu dessen Behuef an, daß Heldt bey seinem Austritte keines Hellers werth an Gütern hinterlassen, sondern das sämmtliche Vermögen dessen verlassenen Ehefrauen zugestanden, folglich derselben Gläubiger allhier lediglich in Betrachtung kommen müssen. Alldieweil aber nach Heldtens Flucht unterschiedene Waaren, Meublen und Sachen zurücke geblieben, welche in dubio des Mannes, und nicht der Frauen Eigenthum gewesen zu seyn vermuthet werden, gleichwol die Frau solches alles, ohne ein Inventarium darüber zu errichten, an sich genommen, den Handel fortgeführet, die Meublen, Gold und Silber und andere Dinge, welche sie des Mannes Gläubigern herausgeben sollen, behalten, und wegen ihrer eigenen Schulden hin und wieder versetzet, also ihres Mannes Güter mit den ihrigen gänzlich confundiret, dergestalt, daß nunmehr eine Separation zwischen beyden zu machen unmöglich fällt; so können wir des Heldts und seiner Frauen Vermögen nicht anders, als eine communem massam ansehen, und haben demnach beyder Theile Gläubiger ohne Unterscheid lociret, bey welcher Bewandniß denn die mit Häselern und Köppen ventilirte Frage, ob die Frau aus ihrer Intercession obligiret sey, nunmehr unnütz ist und von selbst hinweg fällt.

VIII.

Per reciprocum coniugum testamentum, quo utriusque consanguinei heredes scribuntur, commixtio amborum patrimoniorum fit.

IX.

Ea tamen commixtio alterutri potestatem testamenti mutandi non aufert.

X.

Digitized

X.

Id vero operatur, ut bona, ſi commode ſeparari nequeant, inter heredes utriusque teſtamenti æqualiter in duas partes dividantur.

Frequens eſt inter coniuges maxime, ut mutua ſeu reciproca teſtamenta condant, atque poſt utriusque mortem conſanguineos ſuos promiſcue heredes ſcribant. Per iſtiusmodi diſpoſitionem commixtio amborum patrimoniorum fit, & communio oritur. Atque hanc commixtionem & communionem id efficere putat *Bergerus in Oeconomia juris pag.* 393. *n.* 4. ut, mortuo altero, ſuperſtes aliter teſtandi facultatem non habeat. Verum, quum cuivis teſtatori facultas mutandi teſtamentum competat, *L.* 4. *de Adimendis vel transfer. legatis*, *L.* 22. *pr. de Legatis* 3. nemo ſibi eam ademiſſe præſumitur, atque adeo nec coniux per reciprocum teſtamentum, ut rectius *Franzkius lib.* 2. *Reſol.* 11. & *Lynckerus in Reſponſo* 37. ſentiunt. Fac ergo, alterum coniugem deinde aliter teſtari. Prioris certe coniugis teſtamentum propterea non corruit, ſed patrimonium eius inter heredes promiſcue inſtitutos dividitur. Et, ſi certo non conſtet, quantum ille in bonis habuerit, utriusque bona æqualiter in duas partes dividenda ſunt, arg. *L.* 3. §. 2. *de Rei vindicat.* & ſemis quidem heredibus in primo teſtamento ſcriptis, alter ſemis eis, qui in ſecundo teſtamento inſtituti fuerunt, relinquitur. Reſponſa huc pertinentia retuli iam in *Specimine CCCLIX. de Infirmatione teſtamenti, medit.* 4. 5. 6.

COROLLARIA.

1. Tunc, quum maritus uxorem locupletem duxit, et bona ſua cum huius bonis ita commiſcuit, ut ſeparatio impoſſibilis ſit, ſoluto matri-

 monio,

Digitized by Google

monio, ingens oriri ſolet lis, quantum quisque habuerit. Plerique omnia mariti præſumi aiunt, arg. *L. 51. D. & L. 6. C. de Donat. inter vir. & ux.* uxorique vel heredibus eius probationem, quantum intulerit, imponunt. Contra *Mevius P. 5. dec. 359. n. 9.* omnia uxoris fuiſſe præſumit, atque maritum probatione onerat. Ego mediam ſententiam in *Specimine CCCXVIII. de Præſumtione, quod omnia ſunt mariti, medit. 4.* amplexus ſum, atque, omnia communia præſumi, & æqualiter dividenda eſſe, dixi.

2. Quando bona commixta inæqualia fuiſſe apparet, ſed tamen ea inæqualitas liquido diſcerni nequit, iudex ex æquo & bono arbitrari, atque uni parti bona omnia adiudicare, eandem vero alteri in certam pecuniam, quantam huius bonis convenire credit, damnare debet, L. 55. *Familiæ erciſc.* Dixi *in eodem Specimine CCCXVIII. medit. 6.*

3. Commixtio diverſarum pecuniarum communionem non inducit, ſed is, qui alienos nummos ſuis admiſcet, dominus efficitur, atque, ſi in bona fide ſit, nec lucrum captet, ab antiquo domino conveniri nequit, *L. 78. de Solut.* Sic ſi fur creditori ſuo debitum nummis ſurreptis perſolvat, creditor ſecurus eſt.

SPE-

SPECIMEN CCCCL.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. I.
DE

PERCEPTIONE FRVCTVVM EX RE ALIENA

PVBLICE DEFENSVM
A

GODOFR. HENR. ELEND
HANNOVER. LL CVLT.

D. X. SEPT. cIↄ Iↄ CC XXVII.

I.

Bonæ fidei poſſeſſor fructus conſumtos, quamvis ex iis locupletior factus ſit, lucratur.

II.

Poteſt quis in bona fide eſſe, etſi eo tempore, quo primum poſſeſſionem nactus eſt, contradictionem ab illo, qui rem poſtea evincit, paſſus ſit.

Priorem theſin repeto hic ſaltem, non explico amplius, quum ſatis iam explicuerim probaverimque in *Specimine IC. de Rei vindicatione medit.* 4. Sed poſteriori graviter obſtare videtur *lex* 17. *C. de Rei vindicat.* in qua emtor, quem ad emtionem accedere volentem dominus per denunciationem admonuit, rem diſtrahentis non eſſe, non recte eam comparare, ſed mala fide contrahere dicitur, atque tam rem domino hanc ſuam eſſe pro-

Digitized by Google

banti, quam fructus restituere iubetur. Videtur itaque sola admonitio sub initium possessionis facta malam fidem inducere. Verum non inducit semper, & maxime tunc non, quum eius, qui rem deinde evincit, iura dubia sunt, atque etiam post obtentam victoriam scrupulum relinquunt. Sic enim iuste facit, qui ad iudicium provocat, etsi deinde vincatur, *L. 63. de Regulis iuris*, *L. 24. pr. de Usuris*, *L. 13. Depositi.* Itaque *lex 17. C. de Rei vindicat.* explicanda est de casu, quo denunciantis & admonentis iura liquida sunt, aut ita saltem comparata, ut emtor, si modo aliquam diligentiam adhibere voluisset, ea facile cognoscere potuisset. Sic igitur ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CC XII. responderunt: Wird zu wissen verlanget, ob die Geschwistere de Tudeschis sowol als die jetzige beyde Besitzere der Güter Ober- und Nieder-Ollmitz, Folzig, Donau und Lieben mit Bestande pro malæ fidei possessoribus geachtet, und nicht nur zu Abtretung der Güter, sondern auch zu Erstattung der fructuum perceptorum und percipiendorum condemniret werden mögen. Ob nun wol die Geschwistere de Tudeschis den Anspruch, welchen ihr Vetter, Heliodorus, an ihres Vaters hinterlassenen Gütern mache, bey dessen Absterben wol gewust, sich aber nichts destoweniger derselben angemasset, folglich nicht allein sie, sondern auch die, welche diese Güter von ihnen erkaufet, und denen der gemachte Anspruch gleichfalls bekannt gewesen, in mala fide zu seyn scheinen, und denn ein possessor malæ fidei sowol die fructus perceptos als percipiendos erstatten muß; weilen aber derjenige, welcher die ihm durch Erbschaft verlassene Güter einem andern, der solche als die seinige prætendiret, nicht alsofort abtrit, keinesweges in mala fide ist, immassen auch einer, der nachgehends condemniret wird, wenn er stattliche Rechts-Gründe vor sich gehabt, gar wohl in bona fide gewesen seyn kan, bey welcher Bewandniß, und da die Geschwistere de Tudeschis

in

in ihrem Rechte so wohl gegründet, daß auch eine völlige Absolutoria zu hoffen gewesen, denenselbigen und ihren successoribus singularibus unmöglich einige mala fides vorgeworfen werden mag; so mögen die Geschwistere de Tudeschis sowol, als die jetzige beyde Besitzere der Güter Ober- und Nieder-Dilmitz, Folzig, Donau und Lieben mit Bestande pro malæ fidei possessoribus nicht geachtet, also weder zu Abtretung der Güter, noch, wenn auch dieses geschehe, zu Ersetzung der fructuum consumtorum und percipiendorum verurtheilet werden.

III.

Bonæ fidei possessor fructus etiam post litem contestatam perceptos & consumtos lucratur, siquidem per litis contestationem in mala fide constitutus non fuit.

IV.

Casus aliquot, quibus litis contestatio bonam fidem non tollit, recensentur.

Bonæ fidei possessorem post litem contestatam inter malæ fidei possessores ponit Vlpianus in *L.* 45. *de Rei vindicat.* Sed hoc per rerum naturam universale esse nequit. Bona fides per *L.* 109. *de Verborum signif.* in ignorantia, rem alienam esse, consistit. Hanc ignorantiam actio ab altero instituta non tollit statim, nisi argumentis idoneis aut saltem maxime verisimilibus suffulciatur. Ad solam petitionem adversarii nemo ius suum temere indefensum relinquere debet, ut recte ait Paulus in *L.* 40. *pr. de Hereditat. pet.* Itaque supra memorata *lex* 45. *de Rei vindicat.* temperanda ex aliis legibus, inprimis ex illis *legis* 2. *C. de Fructibus & litium expensis* verbis: *ex eo tempore, ex quo, re in iudicium deducta, scientiam malæ fidei possessionis accepit.* Sed hac de re dictum iam supra fuit in *Specimine LXXXIII. de Expensis civilibus medit.* 5. & in *Spec. IC. de Rei vindic. med.* 6. Exempla nunc saltem addo, in quibus litis contestatio bonæ

næ fidei haud officit. Talia sunt; quando possessor ab evincente conventus in primo iudicio absolvitur, sed, appellatione demum interiecta, in superiore tribunali damnatur. Istiusmodi damnatio non semper indicium malæ causæ est, quum novissimus iudex nonnunquam bene latas sententias in peius reformet, *L. 1. pr. de Appellationibus.* Id certe inde patet, argumenta evincentis dubia maxime fuisse, nec possessori vitio verti debere, quod, iis nondum satis excussis, rem dimittere noluit. Porro si evincens ius suum plene non probavit, sed semiplene tantum, atque ideo ad iusiurandum suppletorium admissus fuit, litis contestatio malam fidem induxisse simpliciter dici nequit. Vide *Martini in Processu tit.* 36. §. 1. *n.* 89. Quum igitur hæc duo concurrerent, ICti Helmstadienses mense Iunio anni CIↃ IↃ CC XXVII. possessorem a restitutione fructuum absolverunt ex his rationibus: Der Klägere Gravamen ist wegen der in dem Bescheide übergangenen Fructuum. Nun gewinnet es zwar das Ansehen, ob sey Beklagter wenigstens durch die Krieges-Befestigung in mala fide gesetzet, und von solcher Zeit an die eingehobene Früchte zu erstatten verbunden worden. Allein er hat doch einen gerichtlichen Vergleich und daraus eine starke præsumtionem bonæ fidei vor sich. Klägere haben nebst ihren Cedenten diesen Vergleich erst durch viele Eyde aus dem Wege räumen müssen. Ob diese Eyde alle mit guten Gewissen abgeleget worden, sollte mancher zweifeln, welcher betrachtet, daß die Verfertigung falscher Protocollorum von einem Richter nicht leichtlich zu vermuthen, hiernächst Klägere und ihre Cedenten so lange Jahre stille geschwiegen, endlich der eine Kläger einmal in Actis zugestanden, seine Mutter habe was empfangen, und solches hernach als einen errorem Advocati wiederrufen. Alles dieses machet wenigstens einen Theil der abgeschwornen Eyde verdächtig. Wir wollen inzwischen das Beste davon hoffen, schliessen aber doch aus den angeführten Umständen so

viel,

Digitized by Google

viel, daß Beklagter noch jetzo nicht in mala fide sey. Und was die gemeine Meynung, daß die litis contestation einen jeden reum in mala fide setze, betrift, solche ist gar nicht universel, sondern præsupponiret vorhergegangene zu Ueberzeugung des Possessoris hinlängliche Argumenta. In deren Ermangelung bleibt ein Besitzer auch noch post litem contestatam in bona fide, und wird mit Erstattung der Früchte verschonet.

V.

Venditor, cui emtor ob moram in usuras pretii non soluti damnatus est, etsi ipse rem bona fide & ex iusta causa retinuerit, fructus tamen perceptos omnes, ex quibus locupletior factus est, restituit.

VI.

Is etiam ex fructibus perceptis locupletior factus censetur, qui patrimonium suum non auxit, sed saltem non imminuit, dum nempe aliis rebus utens suis pepercit.

Vtramque thesin lucidissime in privato responso, quod mense Iunio anni CIↃ IↃ CCXXVII. exaravi, exposui: Hat der Herr Krieges-Rath Werner der Wittwe Schmiedin wegen eines von ihr erkauften Hauses den völligen Kauf-Schilling nebst 10. jährigen Zinsen bezahlen müssen, und ist ihm dagegen die Liquidation der von der Schmiedin wehrender dieser 10. Jahre aus dem Hause und dessen Zubehörungen erhobenen Nutzungen vorbehalten, auch zu Berichtigung solcher Liquidation eine Commission gesetzet worden, bey welcher denn anjetzo hauptsächlich darüber gestritten wird, ob die Wittwe Schmiedin dem Herrn Kriegs-Rathe dafür, daß sie das Haus wehrender dieser 10. Jahre bewohnt, jährlich 30. Rthlr. als eine aus demselben gehobene Nutzung, berechnen müsse. Nun weigert sie sich zwar dessen, unter dem Vorwande, daß diese Wohnung ihr kein Geld eigebracht,

Digitized by Google

mithin viel eher pro fructu percipiendo zu achten, und unter den gehobenen Nutzungen, welche zu restituiren ihr allein auferleget worden, nicht begriffen sey. Allein ich halte davor, daß die Wittwe Schmiedin allerdinges verbunden sey, dem Krieges-Rathe vor die genossene freye Wohnung, welche sie sonst anderwerts mit 30. Rthlr. hätte bezahlen müssen, eben so viel zu entrichten. Denn erstlich setzen die Rechte *in L. 13. §. 20. & 21. D. & L. 5. C. de Actionibus emti*, ingleichen *in L. 2. C. de. Vsuris* klar, daß ein Käufer seinem Verkäufer das Kauf-Geld bloß aus der Ursache, weil er die Sache genutzet und gebrauchet, und der Verkäufer ihn in deren Besitz gesetzet, verzinsen müsse. Nun hat der Herr Krieges-Rath Werner denjenigen Theil des Hauses, welchen die Schmiedin in Besitz gehabt, weder genutzet noch gebrauchet, noch den Besitz davon erlanget. Diesemnach, und da ihm die Verzinsung der gantzen Kauf-Summa auferleget, dabey jedoch die Liquidation der Nutzungen vorbehalten worden, so kan diese Reservation nach der analogia iuris unmöglich einen andern Verstand haben, als daß Verkäuferin ihm die Nutzung des Hauses, welches sie ihm nicht übergeben und er nicht gebrauchet, bezahlen müsse. Emtor enim aliter ad usuras non obligatur, quam si fructus consequutus fuit. Vide *Meditationes meas ad π. Specim. 211. de Vsuris pretii ab emtore solvendis, medit. 2.* Hiernächst verordnet der *L. 64. de Rei vindicatione*, daß auch von solchen Sachen und Gütern, quæ usui non fructui sunt, die fructus restituiret werden müssen. Dieses erkläret der bekannte *Accursius* in der *Glossa ad hanc L. lit. e. de omni utilitate, quæcunque illa sit*, noch deutlicher aber *Bartolus ad hanc L. in fine* dergestalt, daß auch ein bonæ fidei possessor loco fructuum so viel pro usu rei bezahlen müsse, als er selber sonst, wenn er diesen Gebrauch nicht gehabt hätte, von dem Seinigen aufzuwenden gezwungen gewesen wäre. Und hierunter pflichtet ihm nicht allein die gesunde Vernunft, sondern auch *L. 25. §. 16. de Hereditatis petitione*, welcher dem

Herrn

Digitized by Google

Herrn Krieges-Rathe hauptsächlich zu statten kommt, bey, als worinnen enthalten ist, daß ein bonæ fidei possessor, der eine fremde Sache gebrauchet, in so weit, als er selbst sonst von dem Seinen gebrauchen und aufwenden müssen, pro locupletiore zu achten und ad restitutionem verbunden sey. Schließlichen ist auch der Schmiedin Prætension, die Zinsen des ganzen Kauf-Geldes zu behalten, und von der genossenen Wohnung nichts heraus zu geben, höchst unbillig, und involviret eine offenbare usurariam pravitatem. Denn, wenn jemand die völlige Zinsen hebet, und dabey gleichwol das Gut brauchen und antichretice inne haben will, so wird ihn kein vernünftiger Mensch anders, als pro improbo foeneratore erkennen. Obiter moneo, *legem* 64. *de Rei vindicatione a Gothofredo ad eam* aliter, quam a me, explicari. Res scilicet, quæ usui non fructui sunt, interpretatur de iis, quæ usu consumuntur. At simplicitati verborum magis convenit, si dicas, intelligi eas res, quæ fructum naturalem nullum ferunt, sed saltem usum præstant, sive per hunc consumantur, sive salvæ maneant, e. g. supellectilem, vasa argentea, ornamenta, ædes &c.

VII.

Ad fructus restituendos damnatus, si, plus se impendisse in fructus, quam lucratum esse, probet, nihil restituit.

VIII.

Id tamen, quod amplius impendit, non repetit.

Tenuerat quis prædium alienum per aliquot annos, atque tandem vero domino restituerat, sed sine fructibus. Hos etiam sibi deberi, ait dominus, & implorat iudicem. Iudex fructus ei adiudicat, arbitrosque, qui illos æstiment, dat. Conveniunt arbitri, iuratique certam perceptorum fructuum summam constituunt, impensas tamen, quas possessor in eos fructus fecerit, longe maioris æstimant. Ita vero inanis efficiebatur actio instituta. Nam fructus, etiamsi

a prædonibus percepti sint, non intelliguntur, nisi deductis impensis, *L.* 36. §. *ult. de Heredit. petit.* Ergo, qui plus impendit, quam lucratus est, nihil debet. Sed reus absolutione non contentus flagitabat præterea, ut ea quoque, quæ amplius impendisset, sibi restituerentur. Et videbatur nonnullis æquum postulare. Certe Vlpianus in *L.* 37. *de Hereditatis pet.* in bonæ fidei possessore, qui sumtum quidem fecit, nihil autem fructuum percepit, horum tamen rationem haberi æquissimum dicit. At enim vero in hereditatis petitione multa circa fructus & expensas singulariter & contra iuris rationem constituta sunt, quæ ad alias actiones trahi non debent. Rationem dedi in *Specimine* 447. *de Aedificatione in solo alieno, medit.* 3. Extra hereditatis petitionem igitur bonæ etiam fidei possessor impensas fructuum, si fructus ipsos excedant, non recuperat. Certe maritus, cui tamen impensæ necessariæ in rem dotalem factæ, quamvis res perierit, in *L.* 4. *de Impensis in res dotales* adiudicantur, impensas fructuum non consequitur, sed saltem cum iis compensat. Sic itaque ICti Vitembergenses mense Septembri anni CIↃ IↃ CCIX. iudicarunt: Daß Beklagtens fol. 62. befindliches Suchen nicht statt habe. V. R. W. Rat. dec. Beklagter meynet, es müsse bey der bereits geschehenen Taxation verbleiben, in Erwegung, daß selbige dem V. 1. fol. 268. befindlichem und in Kraft Rechtens ergangenem Urthel zu folge vorgenommen, die darzu bestellte Personen auch von Klägern selbst zum Theil vorgeschlagen, oder doch approbiret, und von dem Richter gebührend vereydet worden, überdies mit dem Ackerbau von Jugend auf zu thun gehabt, solchen also wohl verstanden, diesemnach, und da sie in ihrem Arbitrio einmüthig dahin, daß Beklagter etliche 80. Rthlr. mehr aufgewendet, als eingehoben, geschlossen, würde Kläger sich nicht entbrechen können, ihm nicht allein diesen Ueberschuß, als impensas necessarias, sondern auch die auf den gantzen

Digitized by Google

gantzen vergeblich angestellten Proceſs gewendete Unkosten zu erstatten. Alldieweil aber, daß die eingehobene Nutzungen von den Unkosten überstiegen worden, ganz nicht wahrscheinlich ist, hiernächst, und wenn es auch bey der geschehenen Taxation verbleiben müste, die vom Beklagten übrig aufgewendete Unkosten nur pro impensis fructuum zu achten, zwischen welchen und den impensis necessariis ein grosser Unterscheid ist, indem jene blos mit den Früchten und Nutzungen zu compensiren seynd, also, in so weit sie diese übertreffen, nicht gefodert werden mögen, endlich, da Kläger in bona fide, und nicht anders, als, daß er noch ein Ansehnliches heraus bekommen würde, den Umständen nach vermuthen können, er pro temerario litigatore nicht zu achten, noch mit Erstattung der Proceſs-Kosten zu beschweren ist; so haben wir Beklagtens Suchen abgeschlagen.

COROLLARIA.

1. Bonæ fidei poſſeſſor, qui fructus lucratur, expenſas nullas a domino vindicante repetit, niſi illæ fuerint fructibus maiores. Vide *Specimen IC. de rei vindicatione medit. 7.*
2. Rem vindicans fructus in ſententia omiſſos ſeparata actione petere nequit, bene tamen per modum ſupplicationis, leuterationis vel appellationis. *Ibid. medit. 8. 9.*
3. Malæ fidei poſſeſſor ad reſtitutionem fructuum perceptorum etiam ſupra alterum tantum et rei reſtituendæ valorem recte damnatur. *Specimen CCXLIX. de Fructibus medit. 4.*
4. Peccat iudex, qui fructus & uſuras ſimpliciter adiudicat, nec terminum a quo adiicit. *Ibid. medit. 5.*
5. Etſi is, qui auctore iudice comparavit, bonæ fidei poſſeſſor in *L. 137. de Regulis iuris* dicatur, is tamen, qui rem alienam publice ſub haſta emit, ſi venditio ob omiſſa ſolemnia aperte nulla ſit, in mala fide eſt, atque fructus cum re ipſa reſtituere cogitur, *L. 1. C. de Fide & iure haſtæ fiſcal.*

SPECIMEN CCCCLI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. II.

DE

VARIIS POSSIDENDI MODIS

PVBLICE DEFENSVM

AB

HENR. BALTH. SEELMANN

MAGDEBVRGENSI LL. CVLT.

D. XVI. SEPT. cIↄ Iↄ CC XXVII.

I.

Nudus detentor etiam possidet, atque remedia possessoria habet.

II.

Ius civile conductori remedia possessoria saltem contra tertium, non contra ipsum locatorem, si ille vim faciat, tribuit.

III.

Iure canonico & moribus conductor remedia possessoria non solum contra tertium; sed contra ipsum locatorem & eum, qui a locatore caussam habet, exercet.

Doctrina de possessione intricatissima est ex vitio veterum ICtorum, qui possessionis naturam non satis explicuerunt, & nec descriptionem quidem paululum accuratam posuerunt, deinde discrimen inter possessionem naturalem & civilem excogitarunt, id vero tam incerte tam confuse applicuerunt, ut ipsi id parum intellexisse videantur. Scatet ergo hoc iuris argumentum, si quodquam aliud, legibus obstantibus, quibus conciliandis

Digitized by Google

ciliandis interpretes iuris Iuſtinianei vix ſufficiunt. Statim in veſtibulo tenebræ ſpiſſiſſimæ oboriuntur. Neſcivere ſcilicet veteres, quis poſſidere dicendus ſit. Igitur commodatarium, fructuarium, depoſitarium, conductorem, ſervum, filium familias poſſidere alicubi aiunt, alibi negant. Eam pugnam interpretes non potuerunt meliore ratione tollere, quam ut poſſeſſionem in genere conſideratam ſubdividerent in nudam detentionem & poſſeſſionem in ſpecie ſic dictam. Et ita quidem commode componitur legum iſtarum pugna. Sed quod ad præcipuum poſſeſſionis effectum, remedia nempe poſſeſſoria, nudus detentor a poſſeſſore in ſpecie dicto, qui nempe animum ſibi habendi habet, vix differt, quum uterque iis remediis gaudeat. Exemplum de conductore in præſens memorabo. Eum poſſidere modo dicunt JCti, ut in *L.* 7. §. 11. *Communi divid L.* 2. §. 1. *pro Herede*, modo negant in *L.* 19. *pr. de Adquir. vel amit. poſſeſſ.* Igitur & quod ad remedia poſſeſſoria diſſentiunt. Denegat ei de poſſeſſione deiecto interdictum unde vi Vlpianus in *L.* 1. §. 10. *de Vi & vi arm.* tribuunt Marcellus & Papinianus in *L.* 12. *&* 18. *pr. eodem.* Iſtius certaminis componendi rationem diu fruſtra quæſivi. Non ignoro quidem ſubtilia conciliatorum inventa. Aiunt hi, interdictum dari colono, non qua tali, ſed ut ei, qui iam coeperat poſſidere; utrobique enim agi de eo colono, qui dominum ante deiecerat; & reſponderi, ſi is ab alio deinde deiiciatur, competere ei hoc interdictum. Ita *Struvius in Gothofredi immo pag.* 372. *& Berger. in Reſolut. Lauterb. pag.* 767. Sed huic conciliationi aperte contradicit Conſtantinus in *L.* 1. *C. Si per vim vel alio modo*, atque colonum deiectum, etſi locatoris nomine poſſederit, nec ab hoc deciſio cauſæ ei mandata ſit, ab experiunda re, id eſt ab interdicto unde vi, ſecludi vetat. Quæ quum ita ſint, credidi diutiſſime, Vlpianum

num vere a Marcello, Papiniano & Conſtantino diſſentire, nec conciliationis ſpem eſſe. Sed nunc, pugnam ſic commode tolli poſſe, credo. Conductor utique nudus detentor eſt, nec poſſidet vere; ſed tamen, quia locator iura ſua in eum transtulit, huius quoque nomine poſſidere dicitur, atque etiam remedia poſſeſſoria adhibet. Ea autem contra tertium ſaltem turbantem vel deiicientem exercet, non etiam contra ipſum locatorem & dominum, a quo ſi vim patiatur, præter actionem conducti nullam aliam habet. Ita de iure civili, quod utique durum eſt, quum æquitati conveniat, conductorem etiam in detentione ſua, ſi ea legitima ſit, contra domini violentiam iniuſtam defendi. Sed, quod iuri civili defuit, ſuppletum eſt in iure canonico, atque remedia poſſeſſoria conductori adverſus ipſum locatorem & dominum vim facientem tributa fuerunt in *c. 4. X. de Prælatis, ne vices ſuas vel eccleſias.* Et hoc in foro ſequimur. Itaque interdictum unde vi conductori expulſo, etſi expellens a locatore cauſam habeat, damus. Adferam exemplum. Conduxerat quis fundum pupillarem a tutore in quinquennium, tenueratque iam per biennium, quo lapſo, quum in locum prioris tutoris alius ſurrogaretur, hic fundum pupillarem alii melioribus conditionibus locat. Novus conductor agrum ſine mora arat conſeritque, contradicente fruſtra primo. Meſſe adpropinquante uterque ſe ad fruges colligendas parat, iudicemque, ut poſſeſſionem ſuam tueatur, implorat. Iudex conductori primo adſentit, itaque ſic decernit: Demnach Haycko Ubben dieſem Hochfürſtlichen Amts-Gerichte vermöge eines Accords zwiſchen Paſtor Hayne, als Buchhaltendem Vormunde über weyland Hinderich Klanſen Erben remonſtriret, daß er der Pupillen 3½ Graſen accordirtermaſſen fünf Jahr, anfangend den 1. May 1723. gebrauchen ſolle, er auch zwey Jahr das Land geruhig gebrauchet, nunmehro aber Klans Gerrits ſich verlauten laſſen, die auf ſolch Land

Land stehende Früchte einerndten zu wollen, so wird auf besagten Janko Ubben Anhalten dem Klans Gerrtets hiemit sub poena 10. Gfl. anbefohlen, die auf mehrerwehnten 3½ Grasen stehende Früchte nicht einzuerndten, sondern gedachten Impetranten conditionirter massen der 5. Jahren über in dem Gebrauch solchen Landes nicht zu turbiren. Appellat secundus conductor, & hoc inprimis ad ravim usque urget, coloni & conductori nullam possessionem, sed detentionem solam competere, atque interim, lite pendente, messem facit. Verum ICti Helmstalienses mense Iulio anni CIƆ IƆ CC XXVII. priorem sententiam confirmarunt, ac secundum conductorem tanquam spoliatorem condemnarunt: Daß wohl gesprochen und übel appelliret, demnach Kläger in den Besitz des ihm entzogenen Pacht-Genusses wieder zu setzen, und Beklagter ihm allen erlittenen Schaden, welchen er vermittelst Eydes anzeigen wird, zu erstatten, auch alle durch diesen Process verursachte Unkosten zu bezahlen schuldig sey. V. R. W. Iidem ICti similiter mense Augusto eiusdem anni iudicarunt in causa, quo conductor non a tertio, sed ab ipso locatore & domino deiectus fuerat, ex his rationibus: Es erscheinet aus den Acten klar, daß Kläger das Guth Briesen als Pachter inne gehabt und ruhig besessen, auch, da ihm die Räumung desselben angekündiget worden, sich deren geweigert, und einige Tage vorher bey der Obrigkeit um Manutenenz angesuchet, nichts destoweniger Appellanten einen andern Pachter eingesetzet, und dadurch Klägern um Restitution anzusuchen bewogen. Nun wird zwar auf Seiten der Appellanten eingewendet, Kläger könne als ein blosser Pachter sich keiner Possession rühmen. Alldieweil aber ein Pachter, der das gepachtete Guth inne hat, solches wahrhaftig und naturaliter besitzet, mithin, daferne er in solcher Possession turbiret oder daraus gesetzet wird, sich der remediorum possessoriorum bedienen kan; So haben wir voriges Urthel bestätiget.

IV.

Obscurissima distinctio inter naturalem & civilem possessionem tractatur.

Doctrinam de possessione turbat quoque non parum distinctio inter naturalem & civilem possessionem, quam JCti quidem veteres in ius nostrum invexerunt, ut ex *L.* 1. §. 9. *de Vi & vi armata & L.* 3. §. *ult. Ad exhibendum* patet, sed tam varie tam obscure exposuerunt, ut nunc nemo sit, qui confusionem tollere queat. Et antiquissimi quidem interpretes ita rem implicant, ut tandem ipsi, quid velint, ignorent. Vide modo & explica mihi, si potes, *Azonem in summa tituli C. de Adquirenda & retinenda possessione n.* 14. *sqq.* quem adeo non intellexerunt *Jason in L.* 1. *pr. de Adquir. vel amitt. poss. & Bachovius ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 21. §. 1. *lit. F.* ut crediderint etiam, distinctionem istam vulgarem ab *Azone* prorsus explodi, & unam tantum speciem possessionis, scilicet naturalem, statui. Obscurior adhuc est *Treutlerus in vol* 2. *disp.* 21. quem explanare quidem nititur, nec ipse tamen satis clarus *Bachovius.* Et agnosco immedicabile vulnus, cui plene mederi nec ipse audeo, sed interim, quum melior via non appareat, recentioribus accedo, qui, ut difficultates undique obvias qualitercunque tollant, voces *civilis & naturalis possessor* duplicem in iure significationem habere dicunt, ut modo civilis possessor sit, qui animum dominii habet, naturalis vero, qui eum non habet, modo civilis possessor, qui rem non corpore sed animo tenet, naturalis, qui corpore.

V.

Civilis possessor est, qui & voluntatem & spem habet rem suam ab altero occupatam recipiendi.

VI.

Digitized by Google

VI.

Hæc possessio civilis tertio cedi nequit.

Nolim, quis sibi persuadeat, ea, quam in præcedente meditatione memoravi, interpretum recentiorum explicatione totam, quam ius Romanum induxit, caliginem discuti. Nondum enim constat satis, quis dicatur animo possidere. Multi hoc extendunt, ut animo possidere quem perhibeant, in quo tamen facultas corporaliter rem adprehendendi plane deficit. Nec videntur sine lege loqui. Adferunt *L.* 3. §. 7. *L.* 6. §. 1. *L.* 15. *in f. L.* 25. §. *ult. L.* 46. *de Adquir. vel amitt. possess.* in quibus dominus fundum, quem alius iam occupavit, item servum fugitivum animo tamen adhuc possidere dicitur. Verum istæ leges de casu explicandæ sunt, quo quis cum animo etiam facultatem habet, aut probabiliter se habere credit, rem adprehendendi. Itaque simulac rem ab alio occupatam seque per hunc ab ea excludi rescifcit, tametsi animum possidendi retineat, possidere tamen desinit, *L.* 7. *L.* 15. *de Adquir. vel amitt. poss.* Adde *Hoppium ad* §. 5. *I. de Interdictis.* Res optime exemplo illustrabitur. Caius possessor prædii peregre abit; quo absente, Seius prædium occupat & Titio cuidam locat. Caius ignarus huius facti Lucio iura sua in prædium cedit. Lucius, connivente Titio, fundum ingreditur. Oritur itaque lis inter Seium & Lucium, quis possideat. Lucius, Caium ab initio naturaliter possedisse, deinde eandem possessionem civiliter & animo retinuisse, atque iam in se transtulisse, ait. At nos mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XIX. litem secundum Seium dedimus. Caius scilicet ipse quidem animo possessionem retinuerat, potuissetque reversus Seium conductoremque eius Titium in continenti deiicere. At hoc ius per cessionem solam in Lucium non

transfierat. Sola quippe cessio sine actu corporali possessionem non transfert, *L.* 20. *C. de Pact.* Adiiciam rationes decidendi: Es hat des Beklagten Vater das streitige Guth von der Klägerin Vorfahren gepachtet, solchen Pacht nachgehends verneuert, und sich mit diesem seinen Pacht-Rechte wider anderer Leute Ansprüche geschützet. Nachdem nun Klägerin mit der Pacht eine Aenderung treffen wollen, und er wol gesehen, daß es ihm, sich wider sie zu mainteniren, schwer fallen würde, so ist sein Sohn/ der jetzige Beklagte, an seine statt getreten, und hat unter dem Vorwande, daß Catharina Geberts, die rechte Eigenthümerin und Erbin von dem Guthe, ihm das ihr daran zustehende Recht abgetreten, sich vor dem Herrn des Guths ausgegeben, und der Klägerin exceptionem dominii oppoņiret. Nun giebt er zwar vor, diese Catharina sey Anfangs in naturali possessione gewesen, habe auch, da sie weggezogen, animum possidendi, also civilem possessionem, behalten und solche auf ihn transferiret. Alldieweil aber derjenige nur civilis possessor genennet wird, welcher nebst dem animo auch facultatem hat, die Sache in Besitz zu nehmen, oder in dessen Namen ein anderer, als commodatarius, procurator, conductor &c. solche innen hat, Catharina hingegen dergleichen facultatem, nachdem die von Korff sich des Guthes angemasset und einen Pachter hinein gesetzet, längstens verlohren, demnach weder civilis noch naturalis possessor gewesen, und das, was sie selbst nicht gehabt, dem Beklagten nicht zuwenden können, folglich Beklagter daran, daß er sich kraft seines vermeynten Dominii propria auctoritate wider die Klägerin in Possession gesetzet, wider die klare Rechte in *L.* 13. *Quod metus caussa* und *L.* 7. *C. Vnde vi* gehandelt; So hat Klägerin nothwendig in dem Besitze des Guthes und bey der Macht es weiter zu verpachten, geschützet werden müssen.

VII.

Precarius possessor detentor magis est, quam possessor.

VIII.

VIII.

Habet tamen remedia possessoria contra alios, non contra concedentem.

Qui precario & ex familiaritate rem tenet, etsi in possessione sit, possidere negatur in *L.* 10. §. 1. *L.* 41. *de Adquir. vel amitt. possess. L.* 6. §. 2. *de Precario*, contra vero possidere dicitur in *L.* 3. §. 5. *de Adquir vel. amitt. poss.* & *L.* 4. §. 1. *de Precario.* Quae pugna iterum sic tollitur, ut dicas, eum, qui precario tenet, non possidere, si vocem hanc stricte accipias, sed nudum detentorem esse, qui tamen in significatione lata & generali possessor aliquando dicitur. Ea detentio hunc effectum habet, ut precarius possessor, si in detentione sua turbetur, interdictum uti possidetis ac cetera remedia possessoria habeat, iisdem tamen contra eum, a quo rem precario tenet, uti nequeat, *L.* 18. *de Precario.* Exemplum tale esto. Titius consul in annum 1708. refragante lege, eligitur, sed precibus a principe dispensationem confirmationemque impetrat. Electus iterum in annum 1710. eandem principis gratiam experitur. Quin & tertia vice in annum 1712. confirmatur. Denuo tandem in anno 1714. electus supplicat, sed repulsam patitur. Tum vero, se tot actibus possessionem legitime adeptum non posse ea sine iusta caussa privari, ait. Interrogati ICti Helmstadienses, possessionem hanc ei contra principem prodesse, negarunt. Vide responsum hoc supra in *Specim. X. de Privilegiis medit* 11.

IX.

Actus ex familiaritate gesti possessionem non inducunt.

X.

Probata tamen familiaritate, actus non praesumitur ex familiaritate gestus, sed hoc ipsum etiam probari oportet.

Digitized by Google

In *L.* 41. *de Adquir. vel amitt. poss.* is, qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, possidere negatur. Inde regula conficitur: Actus ex familiaritate gesti possessionem non tribuunt. Quæ regula, etsi in se certa sit, in applicatione tamen multum difficultatis invenit. Solent nempe hi, quibus possessio alterius nocere videtur, quum actus ab altero gestos negare nequeunt, ius familiaritatis prætexere. Exemplum hoc esto. Titius pecora subinde in Caii, vicini & familiaris sui, pratis pavit. Orta deinde de possessione servitutis pascendi lite, Caius negat, Titium unquam possedisse, & ius familiaritatis obtendit. Et familiaritas quidem ipsa in aprico erat. Quærebatur saltem, an, probata familiaritate, actus ex hac familiaritate gesti esse præsumantur. Adfirmat *Strykius in dissert. de Iure familiaritatis cap.* 3. *n.* 4. 5. & familiari probationem imponit, se re alterius usum esse iure proprio & sibi debito. Ego vero hoc non credo. Ius familiaritatis species quædam precarii est. At in precario requiritur, preces adhibitas & impetratum fuisse, *L.* 2. §. 3. *de Precario*. Hoc facti est, nec præsumitur, sed potius unusquisque, quod tenet, præsumitur iure suo possidere, ut rectius sentiunt *Barbosa* & quos allegat *in Thesauro cap. Possessio* §. 2. Itaque a Caio mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XXIV. privatim consultus sic respondi: Wegen des Ueberrests kan ich ihnen keine Victorie versprechen, es sey denn, daß sie das Precarium deutlich erwiesen. Daß alles ex conniventia und familiaritate geschehen, hilft ihnen nichts, sonsten leichtlich keine Præscription zu Stande kommen würde. Das ius familiaritatis hindert zwar die Verjährung. Aber solches Ius wird nicht durch die blosse Connivenz, sondern durch eine concessionem precariam erwiesen. Das heisset eigentlich ius familiaritatis.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. II.

DE

ADQVIRENDA ET RETINENDA POSSESSIONE

PVBLICE DEFENSVM

AB

ASCAN. CHRISTOPH. DV ROY

LL. CVLT.

D. XXIV. SEPT. clɔ Iɔ cc xxvii.

I.

Ad adprehendendam possessionem animus requiritur.

II.

Is in factis ambiguis & dubiis iureiurando probatur.

Ad adquirendam possessionem adprehensio sola, aut alius actus possessorius exercitus non sufficit, sed animus quoque adprehendendi possessionem desideratur in *L.* 3. §. 1. & *L.* 41. *de Acquir. vel amitt. poss.* Et animus quidem hic ex facto ipso, si id directe ad possessionem adprehendendam tendat, præsumitur. Sed sunt nonnulla facta, quæ dubiam interpretationem habent, quæ scilicet & in adprehensione possessionis & in aliis negotiis adhibentur. Exemplum est in *L.* 1. §. 2. *de Peric. & commodo rei vend.* Nempe vini emtor dolium signare solet, non semper ut possessionem adprehendat, sed magis, ne vinum

num submutetur. Aliud in facto contigisse recordor. Emit quis linum in herba, atque aliquot manipulos evellit, ac secum aufert. Orta deinde de possessione lite, emtor, se, quod fecerit, animo acquirendi possessionem fecisse, ait. Adversarius negat hunc animum & manipulos ab emtore hac mente, ut eos pro specimine uxori suæ ostenderet, evulsos dicit. Et hoc circumstantia in actis occurrens verosimile faciebat. Sed, quia incertum tamen erat, atque decisio dubii ex mente & cogitatione agentis pendebat, ad iusiurandum illius necessario recurrendum erat. Sic itaque mense Octobri anni CIↃ IↃ CC XII. responsum fuit: Daß zu Erlangung der Posseß ein blosses Factum, dergleichen die Ausziehung des Flachses ist, nicht zureichet, weil solches auch aus andern Absehen, etwa zur Probe, oder, welches hier wegen des fünften Zeugens Aussage gar wahrscheinlich ist, um den Frauen es zu zeigen, und ihnen eine Freude zu machen, geschehen kan, sondern vor allen Dingen animus habendi und adprehendendi erfodert wird, dieser Animus aber bey einem solchen zweifelhaften Facto anderer gestalt nicht, als vermittelst Eydes, beygebracht werden kan.

III.

Qui possessionem adprehendit, possessor totius rei, omniumque eius partium & pertinentiarum intelligitur.

IV.

Igitur, qui se in compossessionem mittit, vim facit.

V.

Per introductionem simultanei religionis exercitii in templum vis committitur, & possessio turbatur:

Contigit mihi ipsi, quum iuvenis essem, atque iurisprudentiam vix primis labris degustassem, ut agnatus quidam meus sine prole moreretur, atque prædium feudale relinqueret. Successio mihi ex lege debebatur. Sed erat alius, qui

Digitized by Google

qui defunctum æquali sanguinis vinculo attingebat. Eum ego lubens mecum admisissem. Ille vero præter omnem exspectationem meam, prædium ingreditur, occupat, atque colonum iureiurando sibi obstringit. Adeo eum, caussasque, ob quas me excludat, requiro. Prætexit varias, sed spem facit ineundæ transactionis. Quam spem ego diutissime sequutus animadverto tandem, illam inanem esse, atque ius meum serio persequi constituo. Venio ad caussidicum celebrem & honoribus ornatum, consiliumque expeto. Suadet is mihi, ut in compossessionem eam. Ego optime mihi consultum ratus intro prædium, adduco homines, hosque cum colono adversarii mei simul habitare iubeo. Sed nunc rectius edoctus agnosco, me vim commisisse, atque per hanc compossessionem non solum antiquiorem adversarii mei possessionem turbasse, sed & illum plane de ea deiecisse. Nam possessionem fundi adprehensurus, etsi non omnes glebas circumambulet, si partem saltem ingreditur ea mente & cogitatione, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere, re ipsa etiam totum possidere incipit, *L. 3. §. 1. de adquir. vel amitt. poss.* Igitur, qui in compossessionem it, ea parte, quam possidere vult, antiquum possessorem spoliat, inciditque in poenam *L. 13. quod metus causa* statutam. Recte *Bergerus Lib. 1. responso 300. n. 7. Compossessio,* ait, *quæ a nonnullis statuitur, non convenit analogiæ iuris, neque aliter sustineri potest, quam si implorato officio iudicis obtenta sit.* Ex hac ratione itaque supra iam in *Spec. XXIII. de Iure principis in res sacras & ecclesiasticas superfluas vel vacuas med.* §. 4. 5. introductionem simultanei religionis exercitii in templum a diversæ religionis hominibus possessum, si non violentam deiectionem, saltem turbationem prioris possessionis esse, atque adeo cum legibus pugnare, docui. Quæ quum

Digitized by Google

ita sint, rectius ICti Helmstadienses mense Maio anni CIϽ IϽ CC XX. dissuaserunt coheredi, ne in compossessionem privata auctoritate iret. Hat der Procurator Köhne am 21. Aug. 1714. im Namen Franz Daniel Bergens und seiner Frauen ein testamentum reciprocum, worinnen Franz Heinrich Kolbe zum einigen Erben eingesetzet, und die andere Verwandte ausgeschlossen worden, gerichtlich übergeben. Entstehet demnach die Frage: Ob des Testatoris Bruder, Conrad Berge, den Verstorbenen mitbeerben, und propria auctoritate sich in die compossess der Güther unter Beyhülfe Notarien und Zeugen setzen, oder jetzo bloß hereditatis petitionem anstellen müsse? Nun ist zwar jederzeit vor einem, welcher Anspruch an einer Erbschaft machet, besser, daß er statt der weitläuftigen und verdrüßlichen hereditatis petition sich zuforderst mit in den Besitz der erbschaftlichen Güther zu setzen suche. Dieweil aber dennoch der in dem vermeynten Testamente benennte Erbe einmal den Besitz der ganzen Erbschaft ergriffen, und also für den einigen Besitzer zu achten ist, folglich aus solcher Possession privata auctoritate nicht gesetzet werden kan, sondern vermittelst angestellter Klage, und durch obrigkeitliche Hülfe zu Abtretung des einem andern zustehenden Erbtheils angehalten werden muß, *L. 1. C. Quorum bonorum*, diesemnach die eigenmächtige Ergreifung der Compossess vor nichts anders, als eine deiectio violenta pro parte und vor ein spolium, zu achten ist; So können wir Conrad Bergen nicht rathen, daß er sich eigenmächtig vermittelst Notarien und Zeugen in die Compossession der von seinem Bruder verlassenen Erbschaft setze, sondern halten vor besser, daß er hereditatis petitionem wider den Besitzer gedachter Erbschaft anstelle. Si quis tamen argumenta, quibus adprehensio compossessionis defendi queat, videre cupit, is scripta legere potest, quæ Carolus, Danicus princeps, anno 1706. pro compossessione episcopatus Lubecensis tuenda edidit apud Fabrum in der Staats-Canzley *P. 10. cap. 14.*

VI.

Digitized by Google

VI.

Possessor chirographi nomen possidere censetur.

VII.

Ille itaque, dum de nomine litigatur, & usuras & sortem ipsam, praestita, si periculum appareat, cautione, petere potest.

Quum duo de nomine litigant, atque controversia intricatior & altioris indaginis est, possessionis causam ante omnia ordinari oportet, ne, quod saepe accidisse recordor, pendente lite, debitor non solvendo, & post finitum iudicium victoria inanis fiat. Nam, quod *Voëtius ad tit. Pand. de Solutionibus* §. 6. ait, neutri solvendum esse, hoc in pari utriusque causa, & ubi neuter possidet, admitti potest, sed tunc, quum alteruter in possessione est, iniustissimum foret, quia neminem possessione sua privari convenit. Possidere autem nomen videtur, quisquis chirographum possidet, arg. *L.* 59. *de Legat.* 3. *L.* 44. §. 5. *de Legat.* 1. *L.* 2. §. 1. *de Pactis.* Itaque detentori chirographi causam possessionis suae qualitercunque docenti solutio, quamvis alius contradicat, deneganda non est, dummodo, si periculum aliquod appareat, vel adversario id petenti, vel magistratui, qui hoc ex officio exigit, vel ipsi debitori de illo defendendo idonee caveat, arg. *L.* 1. §. 37. *Depositi.* Consentit mecum *Carpzovius L.* 1. *responso* 4. Et sic mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XXIV. iudicavimus ex his rationibus: Ob wol Beklagte gegen das letzt eröfnete Leipziger Urthel anführen, es hätten die demselben beygefügte rationes decidendi keinen rechten Verstand, und wären vielmehr dem Urthel zuwider, indem darin die der Klägerin zugestandene Possession auf das blosse Haus restringiret, und den Beklagten ein gleiches Recht an der Cramerischen Verlassenschaft mit der Klägerin zugestanden würde, folglich der letztern nicht vergönnet werden könne, die Cramerische Capitalien allein einzuheben. Alldieweil aber

Klägerin den Besitz des Cramerischen Hauses und aller darin vorhandenen Sachen einmal rechtmäßig ergriffen, und dabey Rechtskräftig geschützet worden, mithin auch den Besitz der Cramerischen Schuld-Verschreibungen überkommen, und selbige noch in Händen hat, diesemnach die Capitalia selbst gleichsam besitzet, und bey deren Hebung so lange, bis Beklagte ihr Recht ordentlich ausgeführet haben, geschützet werden muß, übrigens Beklagte keine Gefahr zu besorgen haben, wenn der erkannte Vorstand tüchtig bestellet wird; So haben wir voriges Urthel mit Uebergehung der demselben widrig scheinenden Rationum bestätiget.

VIII.

Possessor titulum possessionis suae edere tunc cogitur, quum petitor ius suum saltem leviter demonstravit.

Possessorem, ut possessionis suae causam seu titulum edat, cogi non posse notissimum est ex *L.* 11. *C. de hered. petit. L. ult. C. de R. V.* multisque aliis. Explicationem eius regulae susceperunt alii operose, quorum observationes, limitationes, ampliationes, exscribere non vacat. Inter limitationes autem vulgares hanc etiam ponit *Strykius in diss. de necessitate edendi titulum possessionis cap.* 2. *n.* 145. quod reus tunc teneatur dicere titulum suum, quando actor habet fundatam intentionem, seu, ut *Mevius P.* 6. *decis.* 151. & *P.* 8. *decis.* 248. rem clarius explicat, quum petitor ius suum satis probavit. Id quod fere dubium non habet, atque in *L.* 16. *C. de probat.* clare constitutum est. Certe possessor, cui hoc casu iudex editionem & probationem tituli imponit, non queri de iudice, sed gratias ei agere debet, quod non confestim condemnatoriam sententiam tulit. Ego vero longius progredior, atque possessorem ad editionem & probationem tituli etiam tunc compello, quum petitor ius suum non probavit quidem plene,

sed

Digitized by Google

sed tamen aliquo modo docuit, seu ut practici loquuntur, demonstravit, ita, ut saltem præsumtio pro ipso militet. Nam conditio possessoris melior non est, nisi in pari causa, *c.* 65. *de R. I. in* 6. At par causa esse desiit, & petitoris ius fortius esse incipit, quum ille præsumtionem pro se habet. Iniquum tunc foret, reum ob solam possessionem absolvi. Accedit, quod tota doctrina de edendo ex æquitate & arbitrio iudicis pendet, seu, ut Antoninus in *L.* 1. *C. de Edendo* ait, ex causa ad iudicis officium pertinet. Quamobrem ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XVII. in casu, quo quis agrum tanquam prædii sui partem vindicabat, sed in probatione nihil præter librum censualem, qui, ut solent istiusmodi documenta, parum provide & accurate confectus erat, atque adeo indicium saltem & præsumtionem faciebat, protulerat, possessorem, quum omnino damnare non possent, titulum possessionis suæ edere coëgerunt: Daß Beklagter, seines Vorwendens ungeachtet, alle zu dem streitigen Lande gehörige Briefschaften herauszugeben, und das Recht, wodurch er oder seine Vorfahren diese Länderey an sich gebracht, anzuzeigen, oder, daß er keine Briefschaften habe, noch gefährlicher Weise von Händen kommen lassen, auch von dem Rechte der erlangten Possession nicht wisse, zu schweren schuldig. V. R. W. Rat. dec. Nachdem Kläger durch das Meß-Register dargethan, daß an der ihm zugeschriebenen Länderey einige Stücke mangeln, Beklagter aber selbige besitze, so verlanget er, denselben entweder gleich zu deren Abtretung, oder doch ad editionem tituli & documentorum anzuhalten. Beklagter hingegen will den durch das Meß-Register geführten Beweis nicht gelten lassen, schützet sich wider die gefoderte Edition mit der Verordnung der gemeinen Rechte, nach welchen ein Possessor von dergleichen befreyet ist, und will vielmehr condictionem indebiti wegen der bisher jährlich gezahlten 24 Groschen an-

 stellen.

stellen. Alldieweil aber die gegen obbesagtes Meß-Register und Besichtigung gemachte Einwürfe von ganz keiner Erheblichkeit seynd, vielmehr der daraus genommene Beweis, sonderlich in einer Feld- und Bauer-Sache, vor hinlänglich zu achten ist, hiernächst die Rechts-Regeln, quod possessor non debeat edere titulum possessionis, nec reus actori documenta, alsdenn ihren Abfall leiden, wenn der Kläger das ihm zustehende Eigenthum an der streitigen Sache bescheiniget, als in welchem Falle der Beklagte solche entweder abtreten, oder, daß er sie rechtmäßig an sich gebracht, erweisen muß, wie denn ohnedeß die materia editionis lediglich auf die Billigkeit ankommt, und von dem Iudice, der sich dißfalls an keine gewisse Regeln bindet, ex officio auferleget werden mag, endlich aus den bisher jährlich gezahlten 24. Groschen starcke Vermuthung, daß Beklagter solche von der streitigen Ländereÿ, tanquam re aliena, entrichtet, erwächset; So haben wir in unserem Urthel das beste Mittel, um aus dieser zweifelhaften Sache zu kommen, erwählet.

COROLLARIA.

1. *Heres possessionem prædii hereditarii ea mente & cogitatione, ut & cetera prædia hereditaria possidere velit, adprehendens, horum tamen possessor non efficitur,* L. 23. pr. de adquir. vel amitt poss. Ad L. 3. §. 1. eodem, *quæ obstare videtur, in conflictu respondebimus.*

2. *Heres, qui res hereditarias per magistratum obsignari curat, hoc ipso possessionem hereditatis adipiscitur.* *Dixi in* Spec. CCCLXX. de hereditatis aditione med. 5.

SPE-

SPECIMEN CCCCLIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. II.
DE

POSSESSIONIS PROBATIONE

PVBLICE DEFENSVM
A

GEORGIO LVDOVICO FLACH
BARTHELFELDA-HANNOVER. LL. CVLT.

D. XI. OCTOBR. CIↃ IↃ CC XXVII.

I.

Possessio etiam per instrumenta probatur.

II.

Probata solutione onerum ex libris censualibus, possessio probata censetur.

Negatur sæpe possessio, atque tunc probatione opus, circa quam variæ oriuntur lites. Optimam brevissimamque probandi viam esse dicunt *Menochius Rem. retinend. poss.* 3. *n.* 570. *Berger. in Oeconomia iuris pag.* 290. & *Martini in Analectis forensibus tit.* 20. §. 1. n. 134. si per excerpta ex libris censualibus doceatur, quem ex fundo onera præstitisse & tributa solvisse. At observo, iis, qui hanc probandi viam eligunt, duo inprimis obiici; primum, possessionem non per instrumenta, sed per actus possessorios exercitos probandam esse, *L.* 48. *de Adquir. vel amitt. poss. L.* 12. *C. de Probationibus*, deinde, argumentum, quod ex præstatione onerum desumatur, coniecturam

ram meram maximeque fallacem esse, quum quis in fraudem veri possessoris & intervertendæ possessionis causa onera suscipere queat. Verum, quod ad primum, supra memoratæ leges instrumenta in probatione possessionis non prorsus excludunt, sed negant saltem, traditionem nudis verbis in instrumento positis fieri, id quod ipsi in *Spec. CCCCXLIV. de Vera traditione medit.* 5. falsi sumus. Instrumenta autem, optimum probandi remedium, per hoc non removentur. Deinde fortes etiam coniecturas in probanda possessione admitti, in sequente meditatione ostendam. Et est sine dubio fortis coniectura onerum præstatio, quum non sit credibile, quem incertissima spe ductum certissima incommoda subiturum. Quapropter sic mense Septembri anni CIↃ IↃ CC XIX. respondimus: Beklagter beschweret sich darüber, daß der von Klägern geführte Beweis vor hinlänglich geachtet worden, da doch die possession nicht durch Quitungen wegen bezahlter Gefälle, sondern durch würklich exercirte actus possessorios beygebracht werden müsse. Adieweil aber der Extract aus dem Land- und Teich-Buche nebst den Attestatis von Bezahlung der Onerum vor das beste und sicherste Mittel die Possession zu erweisen geachtet werden; So seynd wir, voriges Urthel zu bestätigen, und Beklagten noch dazu in die Unkosten zu vertheilen, bewogen worden. Obstare videntur *L.* 8. *C. de Actionibus emti* & *L.* 25. *C. de Rei vindic.*

III.

Possessio etiam per coniecturas probatur.

Probatio possessionis per onerum præstationem, de qua in præcedente meditatione dictum, vix alibi, quam in rebus corporalibus iisque immobilibus locum inveniet. In rebus vero incorporalibus maximæ non raro occurrunt difficultates. Quæsitum recordor, an illarum possessio etiam per coniecturas probari queat, & obiecta fuit inprimis *lex*

12.

Digitized by Google

12. *C. de Probationibus*, in qua poſſeſſio iure proditis probationibus doceri iubetur. Verum & coniecturæ ſunt ſpecies probationis iure proditæ, & in *L.* 19. *C. de Rei vindicat.* indicia non minorem probationis fidem, quam inſtrumenta, continere dicuntur. Admittimus itaque ſubi de coniecturas, quod & in ſententia quadam menſe Octobri anni CIↃ IↃ CC XXII. concepta fecimus: In Sachen des Cloſters H. Klägern an einem, wider den Königlichen Fiscum, Beklagten am andern Theil, erkennet rc. daß Beklagter den Klägern den dritten Theil der Maſt-Gelder, ſeit anno 1718. her, zu bezahlen, ſie auch künftig in dem Beſitze ſelbige zu heben bis zu Austrag des Petitorii zu laſſen ſchuldig ſey. V. R. W. Rat. dec. Es wird geſtritten, ob dem klagenden Cloſter der Beſitz, den dritten Theil der Maſt-Gelder zu heben, zuſtehe. Der Fiscus leugnet ſolches, und führet vor ſich an, daß des Forſt-Secretarii fol. 13. beygelegtes Schreiben von keiner würklichen Perception handele, daß der Forſt-Secretarius ſolches in dem erſten Jahre ſeiner Bedienung, in welchem er von den Königlichen Rechten noch nicht genugſam unterrichtet geweſen, geſchrieben. Dieſemnach gewinnet es das Anſehen, ob hätte vor Beklagten geſprochen werden ſollen. Alldieweil aber aus dem in dieſem Schreiben ſub A. enthaltenen Verſprechen ganz wohl auf die würkliche Perception zu ſchlieſſen iſt, da Beklagter nicht den geringſten Schein, warum ſolches Verſprechen retractiret worden, anzuführen vermag, weiter der Forſt-Secretarius laut fol. 56 im Jahr 1719. ſchreibet, daß er ſchon damalen 25. Jahr in Bedienung geſtanden, folglich das Jahr 1696. da der Brief ſub A. gefertiget worden, wenigſtens das zweyte Jahr ſeines Amtes geweſen ſeyn muß, und wenn es auch das erſte geweſen, doch nicht zu vermuthen, daß er von Beſchaffenheit des ihm anvertraueten Gehölzes keine rechte Nachricht gehabt haben ſollte, endlich die übrige Briefe und des Beklagten eigenes Geſtändniß vieles beytragen, die Gerechtigkeit der den Klä-

gern zustehenden Possession zu behaupten, indem natürlich folget, daß derjenige, welcher den dritten Theil von der Mast in natura geniesset, auch den dritten Theil der Pacht-Gelder geniessen müsse, und nicht die geringste Ursach erscheinet, warum Beklagter durch Verpachtung der Mast den Klägern ihr Antheil zu entziehen und sie gänzlich auszuschliessen berechtiget seyn sollte, auch, da ihm ja solches Recht zustünde, nicht glaublich ist, daß er so viel Jahre mit Hintansetzung des Königl. Interesse die würkliche Eintreibung verstattet, und nicht vielmehr jederzeit auf die Verpachtung gedrungen haben würde; So haben wir nicht wol anders, als in unserem Urthel enthalten, sprechen können.

IV.

Possessio stricte interpretanda, & neque de persona ad personam, neque de loco ad locum, neque de causa ad causam, extendenda est.

V.

Actu speciali probato, possessio generalis probata non censetur.

Regula, quam habet *Bergerus in Oeconomia iuris p. 546. n.* 3 possessionem strictæ interpretationis esse, vera est in se, & late explicatur a *Postio de Manutenendo tota observatione* 73. quod scilicet possessio neque de persona ad personam, neque de loco ad locum, neque de causa ad causam, neque de actu ad actum sit extendenda. Hæc naturalis ratio dictat, ut lege opus non sit. Memorabo exemplum: Princeps fratri suo secundo genito prædia aliquot pro apanagio adsignat, sibi tamen in iis superioritatem territorialem omnem & inprimis iura episcopalia & consistorii reservat. Frater possessionem cessorum sibi prædiorum solemniter initurus diem definit, quo incolæ omnes convenire fidemque ipsi obligare iubentur. Inter ceteros incolas etiam sacerdotes convocat, sciente & volente fratre

fratre natu maiore. Mox ex hoc actu possessionem iuris citandi sacerdotes in caussis omnibus arguit, principique regnanti ius illos ad consistorium vocandi, nisi se prius implorato, negat. Consulti mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XVI. negavimus, actu illo speciali generalem possessionem adquisitam fuisse: Entstehet die Frage, ob der Herr Primogenitus befugt, in dem Apanagio des Herrn Secundogeniti Pastores sowohl in geist- als weltlichen Sachen unmittelbar citiren, und ihnen die Citationes unmittelbar insinuiren zu lassen. Nun seynd zwar auf Seiten des Herrn Secundogeniti unterschiedene ziemlich starke Rationes vorhanden, daß nemlich der Herr Primogenitus die an die Pastores zu dem Huldigungs-Actu ergangene Ladungen dem Herrn Secundogenito zur behörigen Insinuation zugestellet, ihn also selbst in Possession gesetzt, dieser auch einen Actum possessorium damalen ohne alle Widersprache verrichtet, und die Pastores citiren lassen. Aus welchen und andern Gründen es das Ansehen gewinnet, ob müste der Hr. Primogenitus sowohl in geist- als weltlichen Sachen die Wormsdorfische Pastores mit Requisition des Herrn Secundogeniti citiren lassen. Alldieweil aber bey dem Huldigungs-Actu das Consistorium ganz nichts zu thun gehabt, sondern alles, was daselbst vorgegangen, lediglich die Person und das Interesse des Herrn Secundogeniti betroffen, demnach bey andern ganz unterschiedenen und zum Consistorio gehörigen Fällen nicht ad consequentiam gezogen werden mag, und das durch solchen actum possessorium erlangte Recht dem Herrn Secundogenito nur alsdann, wenn wieder eine solche ihn hauptsächlich mit angehende Handlung vorfällt, zu statten kommt; So halten wir dafür, daß hochgedachter Herr Primogenitus und nach *Franzkii lib.* I. *Resolut.* 18. *n.* 41. Doctrin auch dessen obere Collegia wol berechtiget seynd, die Pastores in geist- und weltlichen Sachen immediate zu citiren.

Digitized by Google

VI.

Aliquando possessio propter similitudinem aut connexitatem de persona ad personam, de loco ad locum & de causa ad causam proferenda est.

Regula, quam de stricta possessionis interpretatione supra proposui, non est captanda nimis; quod rabulas tamen subinde facere, atque possessoris ius arctissimis limitibus circumscribere & sic fere inutile reddere animadverto. Omnes certe actus possessorii speciales sunt, sed quidam ex his ita comparati, ut ex regulis iustae interpretationis non possint non ad alios similes & connexos proferri. Id quando fieri oporteat, tam accurate definiri nequit, sed prudentiae & religioni iudicantium relinquendum est. Exempla aliquot recenset *Titius in Iure privato lib. 2. cap. 7. §. 7. Qui alios*, inquiens, *ad iudicium vocat, similesque actus exercet, is iurisdictionis nec non districtus, in quo haec se exserit, possessionem consequitur. Qui ministros ecclesiae Consistorio praesentat, ille in possessione iuris patronatus, ratione ecclesiae parochialis, constituitur. Muneris reique eidem connexa possessio exercitio actuum, ex illo profluentium, obtinetur. Si quis ius venandi in aliqua sylva, aut piscandi in lacu vel flumine exerceat, is sylvae lacusque vel fluminis possessionem adquirit.* Sed, ut dixi, saepe rabulae, aequitate omni posthabita, regula nostra abutuntur. Irrisimus mense Maio anni CIↃ IↃ CCXXVI. causidici huiusmodi subtilitates in rationibus decidendi, quas hic adiiciam: Klägers Schwieger-Vater, der verstorbene Cantzler Richter hat bereits im Jahr 653. wegen eines auf seinem Hofe gebraueten und bey der Verführung von der Sorauischen Brauerschaft weggenommenen Achtel Biers Klage erhoben, und ist nach einige Jahre lang geführten Process in einem von Wittenberg eingeholten Urthel bey der Possess vel quasi des Brauens, Schenkens und Bier-Ausladens, bis die Brauerschaft ein anders in possessorio

sessorio ordinario oder petitorio ausgeführet, geschützet worden. Dieses Urthel hat die Brauerschaft in Kraft Rechtens erschiessen lassen, auch sich zu Anstellung der ihr nachgelassenen ordentlichen Klage verstanden, gleichwol solche bis jetzo liegen lassen, und mittlerweile dem Kläger, welcher jetzo den Richterschen Hof besitzet, anderthalb Achtel Bier hinweggenommen, und, des an sie ausgebrachten Gräflichen Mandati pœnalis ungeachtet, ausgetrunken. Als nun dieser deshalb Klage angestellet, haben Beklagte vorgeschützet, daß die von dem Canzler Richter erlangte Possession dem Kläger, als einer andern Person, nicht zu statten komme, und, daß bey obgedachten von dem Canzler Richter angestellten Processe die Frage nicht, wie jetzo, von Verlassung des Biers an die in der Stadt befindliche Wirthshäuser, sondern von Verführung desselben auf das Land gewesen. Alldieweil aber der Canzler Richter den ehemaligen Possessions-Procefs nicht als Canzler, sondern als Besitzer des Hofes geführet, diesemnach das solchem Hof zum Besten erstrittene Recht sonder Zweifel auf den jetzigen Possessorem transmittiret, ferner das dem George Müllern zu Droske destinirte und von der Brauerschaft unter Weges weggenommene Achtel Bier zwar Gelegenheit zu dem von dem Canzler angestellten Processe gegeben, gleichwol vielgemeldeter Canzler schon vorher generaliter die Bier-Freyheit gegen die Brauerschaft in dem Fasciculo sub A. gesuchet, seine petita in den actis sub B. gleichfalls generaliter eingerichtet, den Beweis mit auf den jetzigen Casum gerichtet, und ein beyfälliges generales Urthel erhalten, folglich anjetzo fast lächerlich ist, dieses generale Urthel auf obangeführten Casum zu restringiren, indem, wenn man dieses zugestünde, noch weiter folgen würde, das Urthel habe anderer Gestalt nicht statt, es sey denn, daß die Umstände alle überein kämen, und das Bier præcise nach Droske an einen Namens Müller destinirt wäre; So haben wir das gleich Anfangs ertheilte Gräfliche Rescript bestätiget, Klägern nach Anleitung des-

 selben

selben in dem Besitze geschützet, Beklagten die Restitution des Spolii, und, da sie so gar offenbar in mala fide seynd, und ihre Argumenta nicht einmal den Schein des Rechtens haben, die Erstattung der sämtlichen Unkosten auferleget, anbey ihren gegen das gerechte Gräfliche Mandat bezeigten Ungehorsam mit 20. Reichs-Thaler, als so hoch wir die in dem Mandat angedrohete 30. Reichs-Thaler gemäßiget, bestrafet.

VII.

Possessio contra totam universitatem per actus contra aliquot eius membra exercitos regulariter non probatur.

VIII.

Probatur tamen tunc, quum actus contra pleraque universitatis membra, non tanquam singula, sed tanquam universitatem sunt gesti.

Qui strictam possessionis interpretationem præcipiunt, inter præcipua eiusdem exempla collocare solent, quod, ut *Postii de Manutenendo Observ.* 73. *n.* 49. verbis utar, *possessor quoad particulares debet manuteneri, quoad particulares tantum, non autem quoad universitatem, de quo sunt particulares*, seu, ut *Bergerus in resolut. Lauterb. p.* 712. loquitur, possessio iuris contra singulos ex universitate adquisita, non statim adversus totam universitatem obtenta, intelligitur. Adde *Lynckerum decis.* 505. Et habet hæc res summam rationem, quum, quod omnes tangit, ab omnibus adprobandum sit, *cap.* 29. *de Regulis iuris in* 6. & alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat, *L.* 47. *de Reg. iuris*. Ipsi ergo mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXV. respondimus, eum, qui huc usque operas ab aliquibus rusticis exegit, possessionem inde easdem a reliquis exigendi propterea nactum non esse: Es mag das Exempel einiger andern Amts-Unterthanen Klägern nicht nachtheilig seyn, noch die

etwa

Digitized by Google

etwa wider selbige erlangte Possess auf sie erstrecket werden. Verum enim vero, si huic regulae stricte insistas, nulla unquam possessio contra universitatem adquiretur, aut adquisita probari poterit, nisi ea forte ex tribus duobusve membris constet. Nam si ea numerosior est paululum, ut civitates, pagi, collegia opificum, impossibile erit docere, possessionem contra omnes ac singulos exercitam fuisse. Vnicum certe membrum, quod forte convinci non potest, probationem quod ad cetera omnia peractam inutilem efficiet. Vidit hanc difficultatem *Bergerus loco supra memorato*, atque limitationem addidit: *Eo*, inquiens, *casu, cum is, qui iurisdictioni praeest, indixit universis, fore, ut servitia laudemiumve exigerentur, non abnuerim, si aliquibus praecepto obtemperantibus reliqui non contradixerint, possessionem facilius contra universos acquiri.* At haec unica limitatio non est, sed dicendum generaliter, possessionem tunc contra totam universitatem adquiri, quum ius, de quo litigatur, totam universitatem concernit, atque id contra pleraque eiusdem membra exercitum fuit. Sic enim regula *legis* 19. *Ad municipalem* locum invenit: Quod maior pars effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. Exemplum memorabile habet *Panormitanus lib.* 2. *consil.* 18. Subiiciam ego nunc aliud. In catalogo redituum templi cuiusdam, quem matriculam vocant, perscriptum erat, singulos incolas sacerdoti quotannis panem debere. Poscente hunc panem sacerdote, respondet pagus, se eum per immemoriale tempus non praestitisse. Sacerdos contra testes adducit, qui datos a nonnullis incolis panes adfirmant. Reponit pagus, actus hos singulorum universitati non nocere. Verum ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXII. secundum sacerdotem iudicarunt ex rationibus: Dem von den Cossäten gemachten Gravamini stehet die Matricul im Wege, und

Digitized by Google

und würde es eine sehr zweifelhafte Frage seyn, ob den Coßäten die possessio immunitatis dawider zu statten kommen könne. Allein, es ist nicht nöthig, sich bey dieser Frage aufzuhalten, da einige aus dem Mittel der Coßäten die Brodte gegeben, welches denn die possessionem immunitatis sonder Zweifel unterbrochen, indem dergleichen Præstationes nicht in corpore, sondern a singulis abgeführet werden, demnach dem Kläger unmöglich fällt, seine Possession anders, als per actus singulorum, zu erweisen.

SPECIMEN CCCCLIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE IN GENERE

PVBLICE DEFENSVM

AB

RVDOLPH. AVGVST. KOVE

CLÖTZENSI-HANNOV. LL. CVLT.

D. XXII. OCTOBR. cIↃ IↃ CC XXVII.

I.

Præscriptionem in iure naturæ fundatam esse, quatuor rationibus ostenditur.

II.

Præscriptio ergo & inter liberas gentes principesque locum habet.

Dispu-

Digitized by Google

Disputatur acerrime, utrum usucapio & præscriptio in iure naturæ fundata sit, atque adeo inter liberas gentes locum habeat, & principi humanam legem non agnoscenti opponi queat. Aientes negantesque ex utraque parte æqualem exercitum constituunt, ut, unde maior numerus pugnet, vix satis dignoscas. Atque hic calculus per eos difficilior redditur, qui desultoria levitate utrinque serviunt, & usucapionem, prout ea principi suo vel prodest vel nocet, modo admittunt modo damnant. Faciunt hoc aliqui ex Germanis ipsis, atque, quum iura imperii nostri in Italiam, in Helvetos, in Belgium, in Prussiam exponunt, nulla præscriptione ea tolli posse, nec incuriam priscorum cæsarum recentioribus nocere contendunt, deinde, quando ad postulata, quibus reges Galliæ interdum Germaniam vicinasque gentes turbant, veniunt, Gallorum ius, si quod habuerint, diuturnitate temporis exspirasse, & negligentia priorum regum amissum esse, respondent. Facit idem ICtus non ignobilis, atque, dum Prussiæ regis iura in Prussiam tuetur, præscriptionem inter argumenta sua collocat, eandem vero, quum illa contra regem suum & ab ipsius civibus & ab exteris urgetur, falsissime irridet. Sed hoc quidem cordatus nemo excusabit. Quod autem ad litem ipsam attinet, nolo rationes, quæ in utramque partem adferuntur, hic repetere, dico saltem paucis, ex mea sententia præscriptionem in iure naturæ fundatam esse; atque & inter liberas gentes & contra principem nemini subiectum locum invenire. Quatuor me, ut sic sentiam, movent; primum summa æquitas. Scilicet ei, qui re sua diutissime caruit, difficile esse non potest, ea porro carere, atque eodem, quo huc usque vixit, modo & inposterum vivere; quum contra is, qui rem tenuit, nequeat illam sine gravissimo incommodo animique cruciatu perdere, & pauperior factus antiquas vivendi

Digitized by Google

rationes mutare. Deinde, qui iura ſua per longum tempus nec inquiſivit, nec perſequutus eſt, dereliquit ea profecto, & facto ipſo in illorum alienationem conſenſit. *Vix enim*, quemadmodum recte Paulus in *L.* 28. *pr. de Verborum ſignif.* ait, *eſt, ut non videatur alienare, qui patitur uſucapi.* Tertium argumentum meum ex confuſione & obſcuratione iurium arceſſo. Hoc vero verbis illuſtris Leibnitii explicabo, qui olim mecum ſuper hoc argumento per literas diſputavit, & tacitam quidem derelictionem in dubium vocavit, confuſionem autem iurium in epiſtola Kl. Martiis anni CIↃ IↃ CC XII. exarata egregie ſic explicuit: *Ego præſcriptionis temporalis fundamentum colloco non in animo derelinquendi, cum nemo rem ſuam iactare facile credendus ſit, ſed in rei obſcuratione per moram eius, in cuius poteſtate erat agere iis temporibus, quibus nondum interciderant vel evanuerant auxilia diſcutiendæ cauſæ. Et natura ipſa ſuggeſſit etiam plebi hanc rationem. Solent enim vulgo dicere, cur non prius egit, cur tamdiu exſpectavit. Et poteſt in ea dilatione eſſe non tantum culpa, ſed & dolus, dum unus præſidia actionis ſuæ diligenter ſervat, ea ſpe, ſe ſuosque aliquando poſſe in adverſarium aut eius heredes vel ſucceſſores utilius agere, cum poſt multas mortes rerumque converſiones, ſive neglectu eius, cuius uſus non ſatis intelligebatur, ſive ipſa rerum humanarum labilitate perierint ipſis præſidia exceptionum. Hanc igitur exceptionem temporis ipſa rerum natura ſuppeditat, legibus autem definiuntur ſpatia temporum, quod natura non poteſt, & in rebus mobilibus, ubi facilius evaneſcunt indicia veri, brevius tempus recte placuit. Alia, quæ vulgo adhuc affertur ratio, ut eſſet finis litium, non ſufficit. Non enim ideo cuiquam ſuum eſt adimendum, ſed acceleranda iuſtitiæ adminiſtratio. Hæc ergo ratio vim non poteſt niſi a mora eius petere, qui iuſtitiæ adminiſtrationem protrahit ita, ut inde difficilis reddatur, vel plane obtineri non poſſit. Porro inter eos, qui nullis ligibus tenentur,*

certe

certe temporis omnium longissimi id est immemorialis præscriptio valere debet: cuius tamen maior latitudo est inter potentes, quorum res ab historia & in archivis, hodie præsertim, conservantur. Iuvenis olim peculiarem de hoc argumento dissertationem moliebar, ut rem ad vera nec satis vulgo nostris iuris naturæ doctoribus explicata principia revocarem. Sed distractior postea intermisi, & iam aliis hanc lampada trado, & a te inprimis multa præclara exspecto. Quodsi aliquando colloqui licebit, de his & similibus multis agemus fusius. Spero enim, te ea ætate, qua flores, ac doctrina, qua polles, ac denique ea de re publica merendi voluntate, non exiguam lucem veris iurisprudentiæ studiis afferre posse. Moveor denique exemplo Iephtæ populique Hebræi, qui divina auctoritate fulti in lite cum Ammonitis ad præscriptionem provocant, *Iudicum XI*, 26. Optime igitur *Cassiodorus lib.* 5. *c.* 37. præscriptionem humano generi patronam appellat. Obiicitur: Quidquid in iure naturæ determinatum non est, hoc neque fundamentum in eo habet. Atqui tempus præscriptionis in iure naturæ determinatum non est. Ergo &c. Respondetur; multa esse, quæ recta ratio constituit, & tamen non determinat, sed prudentiæ & arbitrio hominum determinanda relinquit. Certe natura ipsa infantiam, pueritiam, adolescentiam, senectutem invicem distinguit. Nemo tamen ex lumine rationis annum vel diem dicet, quo quis infans, puer, adolescens esse desinit, & vir aut senex fit. Porro, quid acervus sit, natura indicat; sed quot grana acervum constituant, ipsi philosophi determinare non audent. *Cicero lib. IV. Academ. quæst. cap.* 16.

III.

Civis etiam principi præscriptionem recte opponit.

IV.

Igitur pœna negligentiæ fundamentum eius esse nequit.

Mittebantur aliquando ad nos acta, in quibus advocatus fisci cum equite de iure venandi litigabat. Eques in sola præscriptione nitebatur. Itaque patronus eius omnia, quæ vulgo pro æquitate & iustitia præscriptionis adferuntur, studiose collegerat & stylo magnifico exposuerat. In principio confestim hæc posuerat: *Præscriptio bono publico & in pœnam negligentiæ sapientissime introducta a nemine eorum, qui iustitiam & æquitatem amant, in dubium vocabitur.* Ad hæc advocatus fisci: *Heus tu*, inquit, *præscriptionem in pœnam negligentiæ introductam dicis. Tu ergo principem regemque tuum punire audes.* Obmutuit miser siccoque pede hæc transiit. Et ipse fateor, me in ista, quæ vulgo tantopere urgetur, negligentiæ pœna nihil præsidii collocare, facileque adsentire *Pufendorfio*, qui *lib.* 4. *de Iure naturæ & gentium c.* 12. §. 6. leges etiam civiles de usucapione pœnales esse negat. Dixi hoc *in Specimine CCCCXLI. de Venatione medit.* I. ostendique contra *Beyerum*, non peccare cives contra reverentiam principi suo debitam, si ei exceptionem præscriptionis opponant. Consentit mecum *Hornius class.* 10. *Resp.* 21. *n.* I.

V.

Præscriptio contra eum, qui ius suum ignoravit, locum non habet.

VI.

Ignorantia tamen post lapsum triginta annorum allegari nequit.

VII.

Imo nec intra triginta annos, si apparet, quem in investigando iure suo negligentem fuisse.

Præcipuum præscriptionis fundamentum, tam de iure naturæ quam civili, est derelictio tacitusque domini ius suum diutissime non persequentis consensus, *L.* 28. *pr. de Verb. signif.* Iste vero consensus & derelictio naturali ratione scientiam aliquam præsupponit. Nam, qui ius suum ignorat

rat plane, is hoc dereliquisse atque alienasse dici nullo modo potest. Itaque recte *Gailius lib.* 2. *Obs.* 19. *n.* 18. ceterique ab eo allegati, restitutionem in integrum ex capite ignorantiæ contra præscriptionem locum invenire, dicunt. Gravissimum tamen est, quod contra hanc restitutionem a *Struvio Exercit. ad π.* 8. §. 76. movetur, dubium. *Si admitteretur*, inquit ille, *restitutio hæc, iura præscriptionum plane everterentur, & finis istarum, ut scil. litium sit finis & dominia non sint incerta, non obtineretur, adeoque tam sollicite Iustinianum iura usucapionum constituere in l. un C. de usucap. transf. non fuisset opus.* Verum isti dubio iam tum occurit Iustinianus in *Novella* 119. c. 7. & *Auth. Malæ fidei C. de Præscript. longi temporis*, & discrimen fecit inter præscriptionem longi & longissimi temporis. In illa restitutionem ex capite ignorantiæ probavit, in hac reiecit. Scilicet ignorans contra omnem quidem præscriptionem in integrum restitui debet. At in præscriptione longissimi temporis ignorantia inverosimilis est prorsus. *Num*, ut bene ait *Grotius de Iure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 4. §. 6. *fieri vix potest, ut multo tempore res ad aliquem pertinens non aliqua via ad eius notitiam perveniat, cum multas eius occasiones subministret tempus.* Itaque post triginta annorum cursum ignorantiam alleganti nec creditur quidem. Fac etiam, illum vere ius suum ignorasse. Ista tamen supina incuria, qua iura sua per tot annos neglexit, & nec investigare quidem dignatus fuit, vera derelictio est. At intra tres, decem, vigintive annos probabilius est, aliquem ius suum nescivisse. Itaque audiendus est, qui iuratus hoc adfirmat. Interea, etsi XXX. anni nondum lapsi sint, quando tamen ex circumstantiis adparet, illum iura sua facillime cognoscere potuisse, si modo aliquam curam adhibuisset, ex iisdem, quæ supra posui, principiis consequitur, nec allegationem ignorantiæ intra XXX. annos admitti. Sic mense

Iulio anni CIↃ IↃ CC XIIX. iudicavimus: Daß Beklagte von angestellter Klage zu entbinden, immassen sie hiermit davon entbunden, und die beyderseits verursachte Unkosten gegen einander aufgehoben werden. V. R. W. Rat. dec. Kläger hat wegen eines seinem Vater zugestandenen, aber nach dessen Tod von seinem Stiefvater an Claus Lohrengeln verkauften Hofs wider die Beklagte, als gedachten Clausens Erben, rei vindicationem angestellet. Was Hans Heinrich Lohrengeln betrift, so schützet derselbe die Verjährung vor. Ob nun wol Kläger dagegen eingewendet, daß er zu Zeit des Verkaufs minderjährig gewesen, und nach erlangter Maiorennität noch nicht 30. sondern nur 22. Jahr abgelaufen, und daß ihm die Unwissenheit, indem er erst vor weniger Zeit seines Vaters alten Kauf-Brief gefunden, und sein Recht an dem Guthe daraus ersehen, zu statten kommen müsse. Alldieweil aber die nach Klägers Maiorennität verflossene 22 Jahr ad præscriptionem longi temporis, und also ad excludendam rei vindicationem, genug seynd, ferner gar nicht wahrscheinlich ist, daß Kläger jetzo erst von der Beschaffenheit des Guthes Nachricht erhalten, allenfalls auch, wenn dieses Vorgeben wahr, demselben, daß er in so vielen Jahren stille gesessen und von seinen väterlichen Güthern keine Erkundigung eingezogen, eine supina und inexcusabilis ignorantia, welche ihm ad impediendam præscriptionem nicht helfen mag, beyzumessen ist; So haben wir Beklagte von angestellter Klage loßgesprochen, jedoch, da Kläger wegen des alten Kauf-Briefes probabilem litigandi causam gehabt, die Unkosten gegen einander aufgehoben. Adde *Constit. El. Sax. 9. Part. 2.*

VIII.

Præscriptio & contra absentem currit.

IX.

Absenti negligentia colonorum, servorum, procuratorum, hominum propriorum nocet.

Thesi-

Thesibus istis graviter obstare videtur *lex* 1. *C. Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio*, in qua post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta domino quolibet tempore reverso actio possessionis recuperandae indulgetur, quia fieri possit, ut restitutio propter servos infideles, vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel amicos, vel colonos, vel libertos interea differatur. Verum enim vero ista lex de solo interdicto unde vi, quod per *L.* 2. *C. Unde vi* annale est, agit, Clara sunt verba: *Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est: sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quae superesunt ad disceptationem litigii, immutilata permaneant*; quibus non tollitur praescriptio vicennii contra absentes plurimis legibus stabilita, & a Iustiniano in *pr. I. de Vsucapionibus* repetita, quae fere semper cum negligentia procuratorum, colonorum, servorum, coniuncta est. Ais forsan, iniquum esse, ut haec domino immerenti noceat. Respondeo, in praescriptione illa longiore domino non tam nocere negligentiam alienam, quam propriam. Nam, qui per tot annos res suas ab aliis curari sinit, nec, quomodo curentur, solicitus est, ille tacitus omnia, quae illi gerunt aut non gerunt, rata habet, nec deinde post festum, ut loquuntur, venire, atque bene adquisitum & tempore firmatum tertii ius turbare debet. Sic mense Augusto anni CIƆ IƆ CC XXIV. privatim consultus respondi: Der Leibeignen Negligenz schadet zwar dem Herrn nicht, wohl aber seine eigene, wenn er seine Länderey in fremder Leute Händen lässet, und solche in vielen Jahren weder vor sich noch durch die Seinige besorget.

X.

Absens dici nequit, qui in eadem provincia, licet sub diverso iudice, vivit.

Thesis

Thesis hæc, sat clare in *L. 12. C. de Præscriptione longi temporis* fundata, saltem quod ad usum fori in dubium vocatur. Scilicet *Brunnemannus ad h. L. n. 3. Hoppius ad pr. I. de Usucapionibus in Usu hod. Strykius in Usu moderno tit. de Usurpationibus* §. 7. aliique multi hodie pro absentibus reputari dicunt, qui non sub eodem iudice domicilium habent, licet illud in eadem provincia constituerint. At enim vero cur sine causa a lege recedamus? Qui in eadem provincia cum altero vivit, si ius suum non ignoravit, persequi id intra decem annos commode potuit, si vero nescivit ius suum, ex capite ignorantiæ in integrum restituitur per *Novellam* 119. *cap.* 7. Quæ quum ita sint, ICti Helmstadienses ius civile retinent, atque secundum illud mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XVIII. iudicarunt: Es bleibet, was die Abtretung des Guthes selbst betrift, bey dem am 13. Julii 1714. eröfneten fol. 71. befindlichen Urthel billig, es könnten und wollten denn Beklagte ihr Vorgeben, daß Joachim Bluhme zehen Jahr vor seinem Ableben wieder in das Land gekommen, bescheinigen, damit würden sie binnen ordentlicher Frist, der Klägere Gegen-Bescheinigung, Eydes-Delation und andere rechtliche Nothdurft vorbehältlich, billig zugelassen, und ergehet sodann ferner, was recht ist. V. R. W. Rat. dec. Es hat Zacharias Schramm das streitige Schultzen-Guth an. 1671. da der Besitzer desselben, sein Stiefvater, Joachim Bluhme in den Krieg gegangen, in Besitz gekriegt, hierauf an. 1679. an Otten Volckmannen, besage des von dem Amtmann darüber errichteten Instruments, verkaufet, worauf Volckmanns Nachfolger, Telsche, an. 1686. die Belehnung darüber erhalten, die Erben auch in ruhigem Besitze geblieben, bis endlich an. 1707. bey Gelegenheit eines zwischen dem von Winterfeld und Beklagten gewesenen Processes, des Joachim Bluhmens Kinder sich aufbringen lassen, rei vindicationem anzustellen. Nun stehet Beklagten die exceptio præscriptionis noch offen. Denn, ob gleich nach Joachim Bluhmens Tod dessen unmündige Kinder sich mit der restitutione in inte-

integrum dawider schützen wollen, so wäre doch, im Fall ihr Vater 10. Jahr vor seinem Tode wieder in das Land gekommen, die Verjährung schon bey seinem Leben erfüllet gewesen. Es kommt demnach darauf an, daß Beklagte beybringen, wie Joachim Bluhme 10. Jahr vor seinem Tode wieder in das Land gekommen, ungeachtet er nicht an eben dem Orte gewohnet, als welches die Rechte nicht erfodern. Und dieses zu bescheinigen haben wir Beklagten eine ordentliche Frist verstattet.

XI.

Actioni finium regundorum nullo, nequidem immemoriali, tempore præscribitur.

XII.

Bene tamen rei vindicationi, quæ vulgo cum actione finium regundorum confunditur.

XIII.

Vtriusque inter se discrimen ostenditur.

XIV.

Lapides finales possessorem non constituunt in mala fide.

Theses istas omnes optime explicabit sententia ICtorum Helmstadiensium mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XXIX. exarata: In Ober-Appellations-Sachen der Universität zu Giessen, Beklagter und Ober-Appellantin an einem, wider den General-Lieutenant von Schrautenbach, Klägern und Ober-Appellanten am andern Theil, erkennet das Ober-Appellations-Gerichte zu Darmstadt ꝛc. Daß mit Hebung der stretigen Steine nicht zu verfahren, sondern Beklagte von angestellter Klage zu entbinden, Kläger auch derselben alle durch diesen Process verursachte Unkosten zu erstatten schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Es

besitzet beklagte Vniversität einige an des Klägers Lehn-Guthe, den Glaubzahl genannt, stossende Stückgen Wald. Diese nimmt Kläger in Anspruch, unter dem Vorwande, daß solche nach Anzeigung der Grenz-Steine zu seinem Guthe gehören, verlanget anbey, daß gedachte Grenz-Steine zuförderst gehoben werden mögten. Beklagte widerspricht diesem letzten Suchen, und schützet hauptsächlich vor, daß 1) die erhobene Klage unförmlich und undeutlich sey, 2) die exceptio præscriptionis ihr zu statten kommen und Klägern a limine iudicii abweisen müsse. Nun ist zwar die exceptio inepti und obscuri libelli, auch die mit derselben verknüpfte exceptio non competentis actionis ganz unerheblich. Kläger hat sowohl in seinem Klag-Schreiben, als den nach der Zeit in Acten hin und wieder gethanen Erklärungen deutlich genug angezeiget, daß er die an sein Lehn-Guth stossende, mit Steinen bemerkte und von der Beklagten bisher besessene Holz-Fleckgen vor ein Theil seines Lehn-Guthes, welches demselben zur Ungebühr entzogen worden, halte, mithin wieder zurück haben wolle. Dieses ist nun eine ungezweifelte rei vindicatio utilis, und nicht actio finium regundorum. Denn diese letztere hat eigentlich nur alsdenn statt, wenn zweyer an einander stossenden Guther Grenzen dergestalt mit einander confundiret und verworren seynd, daß man gar keinen Unterschied zwischen beyden siehet, also nöthig ist, die Confusion durch Setzung einer gewissen Grenze zu heben. Hier hingegen ist nicht die geringste Confusion. Es ist seit vielen Jahren sowohl der Kläger als Beklagte in ruhigem Besitz und wissen beyde ganz eigentlich, wie weit solcher Besitz gehe. Nur sagt Kläger, beklagte Vniversität besitze mehr, als ihr von rechtswegen zukomme, und habe ihm in alten Zeiten etwas von seinem Guthe abgezwacket, welches er durch den Augenschein bey Hebung der vermeynten Grenz-Steine beweisen wolle. Ob er nur zwar also solche Grenz-Steine als ein Argumentum und Beweisthum seines Dominii und der darauf gebaueten rei vindication angeführet, so machet dieses doch keine actionem

actionem finium regundorum. Inzwischen und da man klärlich siehet, wohin seine Intention gehe, schadet der seiner Klage irrig beygelegte Name ihm im geringsten nicht, sondern ein vernünftiger Richter muß mit Beyseitsetzung eines solchen Wort-Streits auf die Sache selbst sehen, und das Klag-Schreiben zum Vortheil Klägers interpretiren, *L. 66. de Iudiciis, L. un. C. ut quæ desunt advocatis partium, c. 6. X. de Iudiciis*, Reichs-Abschied vom Jahr 1551. §. 31. 32. *Leyser in Medit. ad π. Specim. 57. de Vitiis libelli sanabilibus Medit. I.* Bey so gestalten Sachen gewinnet es das Ansehen, ob hätte nach Klägers Verlangen der Augenschein und die Hebung der angegebenen Grenz-Steine, welche er statt Beweises angiebet, erkannt werden sollen. Und wir würden solche auch in der That erkannt, anbey Beklagte, welche sich dawider gesetzet und dadurch die Entscheidung der Sache bisher aufgehalten, in die Unkosten verdammet haben, wenn nicht die vorgeschützte exceptio præscriptionis uns auf ganz andere Gedanken brächte. Es saget nemlich Beklagte, sie sey von undenklichen Jahren her in dem Besitz der streitigen Plätze. Dieses leugnet Kläger selbst nicht ab, sondern gestehet es noch in seiner letzt überreichten Schrift deutlich zu, und wendet nur dagegen ein, daß 1) contra actionem finium regundorum keine Verjährung statt finde, daß 2) die vorhandene Grenz-Steine die Beklagte offenbarlich in mala fide setzten. Nun gestehen wir zwar 1) gerne, daß der actioni finium regundorum, wenn nemlich die Grenzen zweyer Aecker mit einander confundiret seynd, in 1000. Jahren nicht præscribiret werde, sondern, daß immer einer der beyden Nachbarn kommen und bitten könne, man solle ihn doch einmal aus der Confusion setzen, und jedem Theile anweisen, wie weit sein Land gehe. Allein hier ist keine confusio finium, wie wir bereits oben gezeiget, ein jeder weiß die Grenzen seines Besitzes, und ist bloß rei vindicatio angestellet, welche bekannter massen binnen 10. und 20. Jahren oder in Lehn-Güthern binnen 30. Jahren verjähret wird. Was hier-

hiernächst 2) von mala fide gesaget wird, ist ohne Grund. Wer von seinen Vorfahren den Besitz eines Ackers überkommt, in dessen Mitte einige Steine stehen, wird durch solche Steine keinesweges überführet, daß ein Theil solches Ackers dem Nachbar gehöre. Er weiß ja nicht gewiß, daß die Steine eben Grenz-Steine seynd, und wenn er sie auch dafür ansiehet, so ist es doch noch ungewiß, ob solche eben die Grenze von des Nachbars Acker seyn, und ob, wenn sie es auch vor diesem gewesen, die Sache nach der Zeit in andern Stand gerathen, und die Grenzen durch Verträge oder richterliche Erkänntnisse geändert worden. Diesemnach setzen solche Steine niemanden in mala fide. Also haben wir Beklagte billig von angestellter Klage entbunden, und, weil es eine übele zu Kränkung der gemeinen Sicherheit abzielende Sache ist, wenn jemand in seiner offenbaren von undenklichen Jahren hergebrachten Possession durch kostbare Processe gekränket wird, Klägern in die Unkosten verdammet.

COROLLARIA.

1. *Libertas ab annuis reditibus nullo temporis lapsu adquiritur.*

2. *Adquiritur tamen alio actu, e. g. denegatione præstationis, interveniente.*

3. *Præscriptio debitum annuorum redituum perimit, quum magna alterius negligentia concurrit.*

4. *Libertas a decimis ceterisque præstationibus annuis, quæ ecclesiis & piis locis debentur, præscriptione quadragenaria adquiritur. Explicui hæc plenius in* Specimine de Præscriptione annuorum redituum.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLV.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. III.
DE
BONA FIDE
PVBLICE DEFENSVM
AB
ANTONIO VLDARICO ERATH
BRVNSVICENSI LL. CVLT.
D. XXVIII. OCTOBR. cIↃ IↃ CC XXVII.

I.

Bona fides non in opinione, ſed in ignorantia conſiſtit.

II.

In bona fide etiam eſt, qui errat, dummodo non ſupine.

In omni præſcriptione bona fides deſideratur, nec adhuc tamen certo conſtat, quid ſit bona fides. Definiunt eam communiter opinionem, qua quis credit, ſe eſſe dominum rei poſſeſſæ, aut, ut *Voëtii ad tit π. de Vſurpationibus* §. 6. verbis utar, *illæſam conſcientiam putantis, rem ſuam eſſe, dum credit, eum, a quo nactus eſt poſſeſſionem, fuiſſe dominum illius rei, & alienandi iure haud deſtitutum.* At, ſi tam ſcrupuloſus es, multi incipient mala fide poſſidere, qui huc usque ſe in optima fide eſſe crediderunt. Ipſe fateor, me inter ceteras res meas multas tenere, quæ quando & quomodo ad me pervenerint, non recordor. Atque tamen propterea eas non abiicio, quin ne quidem alteri poſcenti & dominum ſe eſſe dicenti reſtituo, quamdiu is de

 meliore

meliore iure suo me non convincit. Et, dum hoc facio, in bona fide me esse credo. Deinde bona fides etiam in præscriptione longissimi temporis desideratur, ad quam tamen titulus nullus nec opinio requiritur. Porro illa bonæ fidei definitio ad iura & actiones non pertinere potest, sed ad res corporales solas. Malo ergo cum *Bergero in Oeconomia iuris pag.* 243. *n.* 4. & *pag.* 253. §. 21. item cum *Titio in Iure privato lib.* 2. *cap.* 9. §. 16. bonam fidem negative describere, scilicet ignorantiam, alteri adversus me, aut in rem a me possessam ius esse. Convenit hæc descriptio cum *L.* 109. *de Verbor. signif. L.* 42. *de Reg. iuris, L.* 3. *pr. de L. Fabia de plagiariis can.* 5. *caus.* 34. *qu.* 1. Nec obstat regula in *L.* 11. *C. Unde vi* proposita: Omnes scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere. In hac quippe lege nullus de præscriptione sermo est, sed agitur de iis, qui vacuam possessionem occupant, ac deinde domino rem suam repetenti resistunt. His scilicet ignorantia sua non prodest, sed tamen bona fides non penitus denegatur, quamobrem eis ius præscribendi intra triginta annos *in fine legis* conceditur. Facile itaque adsentio *Thomasio*, qui *in dissert. de Fide iuridica cap.* 1. §. 6. & *cap.* 2. §. 2. bonam fidem etiam ei, qui errat, tribuit; dummodo non addidisset: *supine*. Nam supinam ignorantiam & errorem nemini prodesse, infra ostendam.

III.

Simplex denunciatio in principio contractus facta, rem esse alienam, bonam fidem non tollit, nisi simul argumenta convincentia aut maxime verosimilia adferantur.

In *L.* 17. *C. de Rei vindicat.* dicitur, eum, qui ad emtionem rei accedere volens per denunciationem admonetur, quod illa distrahentis non sit, non recte eam comparare, sed mala fide contrahere. Hinc regulam vulgo conficiunt in-

Digitized by Google

interpretes: Protestatio & denunciatio in principio contractus facta contrahentem in mala fide constituit. At ista regula sic simpliciter admitti nequit, salva æquitate. Fac scilicet, mihi rem emendam offerri, quam habere maxime cupiam, & qua carere sine incommodo non possim, sed intercedere alium, illamque suam dicere, argumenta tamen nulla adferre, aut adferre quidem, verum summopere dubia, quæ altissimam indaginem & longam causæ cognitionem requirant. An putas, simplicem istam intercessionem tanti ponderis esse, ut mihi confestim a contractu abstinendum, & res, quæ deinde recuperari non possit, e manibus dimittenda sit? Non credo, sed existimo potius, iure & bona fide facturum, qui rem tamen emit, & intercedentem cum dubia denunciatione sua ad iudicium ablegat, *L. 63. de Regulis iuris.* Concludo itaque, simplicem denunciationem, in principio contractus factam, non tollere bonam fidem, nisi simul argumenta adferantur, quæ contrahentem aut plene aut saltem verosimiliter convincant. Consentiunt mecum ICti Helmstadienses, ut ex his rationibus mense Februario anni CIↃ IↃ CCXXIV. exaratis parebit: Es beschweret sich Beklagter darüber, daß er den streitigen Eisen-Hammer an Klägern cum omni causa wieder abzutreten verdammet worden, da doch dem Kläger, ehe derselbe gedachten Hammer in Besitz nehmen lassen, von ihm denunciiret worden, er solle solches nicht thun, und ihn, den Beklagten, in seinem Rechte nicht turbiren, folglich gedachter Kläger in mala fide constituiret worden, und seine Possession, wenn er ja einige erlanget, vitiosa gewesen. Alldieweil aber dergleichen privat-Denunciationes denjenigen, welcher starke Gründe auf seiner Seite hat, und von des Gegentheiles Gerechtsame nicht überführet wird, nicht sogleich in malam fidem setzen; So haben wir nicht umhin gekonnt, voriges Urthel zu bestätigen, und Beklagten in die Unkosten dieser Instanz zu condemniren.

IV. *Er-*

IV.

Error iuris supinus bonam fidem tollit.

V.

Error iuris adminiculo quodam fultus bonam fidem non tollit.

VI.

Qui auctoritati magistratus fisus in iure errat, in bona fide est.

Quousque error iuris bonam fidem excludat, disputatur varie, & ipsi inter se dissentire videntur prisci ICti. Videntur sibi scilicet aperte contradicere Vlpianus in *L.* 25. §. 6. *de Hereditatis petitione* & Paulus in *L.* 2. §. 15. *Pro emtore.* Quid mirum ergo, recentiores interpretes hac de re disputare? Quorum ego pugnam sic optime sopiri posse credo, si mediam viam eligas. Distinguo scilicet inter ignorantiam iuris simplicem nulloque adminiculo fultam, & verosimilem ac quasi invincibilem. Illa adquirere volentibus semper nocet, *L.* 7. *Iuris & facti ignorantia*, hæc nocere non debet. Exemplum huiusmodi ignorantiæ quodammodo invincibilis est in eo, qui rem, vetante quidem iure, sed auctore iudice, comparat. Hunc Vlpianus in *L.* 137 *de Regulis iuris* bonæ fidei possessorem adpellat, cum quo Paulus in *L.* 11. *de Acquir vel amitt. poss.* consentit. Atque sic ICti Helmstadienses mense Octobri annni CIƆ IƆ CC XVIII. iudicarunt: Daß Beklagter von angestellter Klage zu entbinden, und Kläger demselben alle verursachte Unkosten, nach vorhergehender deren Liquidation und richterlichen Ermäßigung, zu erstatten schuldig sey V. R. W. Rat. dec. Kläger nimmt die zu seinem Guthe gehörige und von seinem Vater im Jahr 1651. veräusserte Länderey theils unter dem Vorwand einer Verkürzung über die Helfte, theils aus den ergangenen Landesherrlichen Edicten in Anspruch. Beklagter schützet sich darwider hauptsächlich mit der Verjährung. Ob nun wol

Klä-

Kläger dafür hält, es finde solche Verjährung wegen der hervorscheinenden malæ fidei keine statt; Alldieweil aber bona fides nicht allein jederzeit præsumiret, sondern auch allhier durch den mit Obrigkeitlichem Consense geschlossenen Kauf deutlich erwiesen wird; So seynd wir Beklagten von der angestellten Klage zu entbinden, und Klägern zu Erstattung der durch diesen leichtsinnig angefangenen Procefs verursachten Unkösten anzuhalten bewogen worden. Refer huc, quæ supra in *Specimine XXXIII. de Contumacia, medit.* 3. dixi, contumacem non esse, quem iudicis inscitia vel negligentia excuset.

VII.

Is, qui scit, rem esse alienam, sed tamen, eam a se consentiente domino possideri, verosimiliter credit, in bona fide est.

Diximus quidem supra, bonam fidem consistere in ignorantia, rem esse alienam. Accidere tamen potest, ut quis sciat, rem esse alienam, atque nihilominus in bona fide sit, dum credit, se eam non invito domino possidere. Hæc ipsa persuasio enim efficit, ut nunc rem suam credat, adeoque in bona fide esse incipiat. Adsentiunt mihi iura nostra in §. 7. *I. de Obligationibus, quæ ex delicto* & *L.* 46. §. 7. *de furtis.* Adferam exemplum: Emit quis a vasallo sciens prædium feudale, inconsulto domino, sed publice, tenetque per sexaginta annos, solvit æs alienum, instaurat ædes, excolit agros incultos, reluit pignoratos, solvit tributa ceteraque onera. Inspectat hæc dominus tacitus nec quidquam movet, tandem post sexaginta annos prædium vindicat. Possessor se præscriptione tuetur. Contra dominus malam fidem atque scientiam qualitatis feudalis obiicit. At ICti Helmstadienses mense Iunio anni CIↃ IↃ CC XIX. ex circumstantiis modo memoratis bonam fidem elicuerunt, atque præscriptionem admiserunt: Seynd Heinrich und Hermann Corden, wegen eines von dem Herrn von Hoyer zu Lehn

rührenden Hofes und Länderey in Anspruch genommen worden. Entstehet demnach die Frage, ob der Lehn-Herr die ohne seinen Consens geschlossene Contracte umstossen, und die Güter von den jetzigen Besitzern zurück nehmen könne. Ob nun wol die Lehn-Rechte alle ohne Consens des Lehn-Herrn vorgegangene sowohl universale als particulare Veräuserungen des Lehn-Guthes ungültig erklären, und dem Herrn die veräuserte Güter einzuziehen, verstatten, 2. *F.* 55. Dennoch aber und dieweil der Contract weder dem Herrn noch dem Guthe einiges Nachtheil, sondern vielmehr Nutzen gebracht, indem durch Gelegenheit desselben die darauf haftende onera publica abgetragen, die wüste Stellen angebauet, das Land gebessert, und die davon verletzte Stücke wieder herbey geschaffet worden, hiernächst, wenn ja der Contract vor sich nicht bestehen könnte, dem Lehn-Herrn dennoch per 2. *F.* 9. §. 1. obgelegen hätte, solchen binnen 30. Jahren anzufechten, gleichwol derselbe mehr als 60. Jahr vorbey streichen lassen, folglich keinen weitern Anspruch hat, immassen auch den Beklagten, derer Vorfahren das Guth durch einen öffentlichen mit der gantzen Gemeinde geschlossenen Contract an sich gebracht, das Geld dafür ausgezahlet, die Meyer-Zinsen jährlich entrichtet, und von dem Lehn-Herrn in so vielen Jahren keinen Einspruch erlitten, keine mala fides diesfalls vorgeworfen werden kann; So ist der Lehn-Herr die ohne seinen Consens geschlossene Contracte umzustossen, und das Guth von den jetzigen Besitzern zuruck zu nehmen, nicht befugt.

VIII.

In præscriptione etiam actionum personalium aliorumque iurium bona fides desideratur.

In omnium ore est *cap. ult. X. de Præscriptionibus*, quo ius Romanum corrigitur, atque definitur, *ut nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam canonica, quam civilis, & ut, qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.*

Digitized by Google

alienæ. Nihil his verbis clarius. Sed captant tamen permulti voces *rei alienæ*, atque ex iis colligunt, ſermonem in dicto cap. ſaltem de rebus corporalibus eſſe, non de incorporalibus, actionibus ſcilicet perſonalibus, ſervitutibus &c. Sed tam manifeſta eſt ſic ſentientium cavillatio, ut nec operæ pretium fore exiſtimem, multis eam refutare. Dicam ſaltem, contrariam iis ſententiam in æquitate niti, a plerisque ICtis defendi & in ſummis imperii tribunalibus receptam eſſe. Reſponderunt quoque ſecundum eam ICti Helmſtadienſes. Vide *Specim. meum CX, de interitu ſervitutum, medit.* 5.

IX.

Bona fides in ipſo debitore, qui interpellatus nunquam fuit, ex lapſu longiſſimi temporis præſumitur.

Quum, ut in præcedente meditatione dictum, bona fides etiam in præſcriptione actionum perſonalium deſideretur, exiſtimabitur forſan, debitorem libertatem a debito, quod ipſe contraxit, nulla, ne longiſſimi quidem temporis, præſcriptione adquirere poſſe, quoniam conſcientia æris alieni, niſi ſupinam oblivionem ſupponas, ipſum ſemper comitetur. Ita ſentit *Petrus Gregorius in Syntagm. lib.* 40. *cap.* 8. *n.* 5. Et utique non eſt facile credibile, debitorem ignorare debitum, quod ipſe contraxit, nec auditur regulariter excuſatio ignorantiæ in factis propriis, *L.* 7. *Ad S. C. Velleian.* Obveniunt tamen ſæpe iſtiusmodi circumſtantiæ, quæ bonam fidem in ipſo debitore veroſimilem reddunt. Dabo exemplum: Frater apud ſororem, feminam honeſtam & locupletem, ducenta deponit, rogatque, ut ea fœnori exponat. Annuit ſoror, datoque chirographo, fraternam pecuniam penes ſe eſſe, fatetur. Poſthæc variis ex cauſis inter fratrem illum & ſororem computantur

Digitized by Google

rationes, contrahitur, transſigitur, oboriuntur etiam lites & in iudicio contenditur; incipiuntque diſſidere, qui olim concordiſſime vixerant. Tum frater ſororem in iudicium repente ex cauſa depoſiti vocat. Miratur illa improviſam actionem, atque, ſe depoſitum nullum recordari, reſpondet. Profert actor chirographum ante XXX. & plures annos ſcriptum. Rea obſtupeſcit magis, & manum quidem ſuam non diffitetur, ſed ſancte adfirmat, nullam penes ſe totius negotii memoriam ſupereſſe, credere ſe tamen, depoſitum, ſi quod olim ſuſceperit, iam diu redditum aut compenſatum fuiſſe, denique præſcriptionem opponit. Negat frater, præſcriptioni locum eſſe, quod ſoror in mala fide ſit, nec ignorantia iſta ſupina & adfectata excuſetur. At tribunal Wolffenbüttelenſe menſe Ianuario anni CIↃ IↃ CCXXII. omnibus probe conſideratis, exceptionem præſcriptionis admiſit, reamque, ni actor interpellationem legitime factam doceret, abſolvit: Daß Beklagte von angeſtellter Klage loß zu ſprechen, es könnte und wollte denn Kläger binnen dieſem und nächſtem Hof-Gerichte die Interpellation der vorgeſchützten Verjährung erweiſen, damit würde er, wie auch Beklagte, mit ihrem Gegen-Beweiſe billig zugelaſſen. V. R. W. Rationes fuerunt, quod diuturnitas temporis ignorantiam facti proprii veroſimilem reddat, arg. *L. 43. pr. de Adquir. vel. amitt. poſſ.* quod debitum antiquum poſt multas computationes ac transactiones extinctum præſumatur, *L. 26. de Probationibus*, & quod iugi triginta annorum ſilentio omnis actio perſonalis exſpiret, *L. 3. C. de Præſcriptionibus XXX. vel. XL. annor.*

X.

Scientia iuris alieni poſt completam uſucapionem ſuperveniens non eſt mala fides, nec uſucapionem reſcindit.

XI.

XI.

Præscribenti non obest, quod post impletam usucapionem ius alterius agnovit.

Fachineus *in Controversiis iuris lib.* 1. *cap.* 64. dicit, Alciatum, Gregorium, atque theologos plures docere, eum, qui, præscriptione bona fide completa, cognoscit, rem esse alienam, in foro conscientiæ ad illam domino suo restituendam obligari. Ipse tamen ab iis dissentit, ex præclaro hoc ac solido, ut loquitur, fundamento, *quia, qui præscripsit bona fide, iam dominium acquisivit rei alienæ, consequenter eam alteri restituere non tenetur, quia non alterius, sed ipsius, qui præscripsit, est.* Displicet tamen hoc fundamentum *Wernhero in dissert. inaugurali, qua depositio cap. ult. X. de Præscript. evolvitur, atque ad iuris & veritatis normam exigitur,* §. 15. ipsique plane infirmum, & cui nihil solidi superstrui omnino possit, videtur. At enim vero ego Fachineum tuebor in conflictu, nec possum aliter, postquam iustitiam & æquitatem præscriptionis ex ipso iure naturæ & sacro codice arcessivi. Ex quo porro fluit, præscribenti non obesse, quod post impletam usucapionem ius alterius sponte agnovit fassusque est. Consentiunt hac in re mecum *Franzkius lib.* 3. *Resp.* 13. *n.* 6. & *Bergerus in Oeconomia iuris pag.* 261. *n.* 6. Pariter ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XX. responderunt: Nachdem Kläger aus den Pfarr Martriculn von anno 1573. und 1614. eine seiner Pfarre durch die Lettowe zugelegte Hufe Landes vindiciret, Beklagter hingegen vorgeschützet, jener habe das Æquivalent solcher Hufe empfangen, so ist dem letzteren, dieses sein Vorgeben darzuthun, auferleget worden. Also hat er eine Besichtigung und Ausmessung veranlasset, bey welcher sich gefunden, daß das gesammte Priester-Land 4 Hufen, 3¼ Morgen betrage. Entstehet demnach die Frage, ob Beklagter sein Vorgeben gnugsam erwiesen. Nun führet zwar Kläger dagegen an, es stehe der

der von dem Beklagten vorgeschützten Verjährung hauptsächlich mala fides, und, daß Beklagter und seine Vorfahren sich in den dem Kläger und dessen Vorfahren ausgestellten Vocationen selbst auf die Matricul des Jahrs 1614. bezogen, ingleichen daß Beklagter, bey Lebzeiten seines Vetters, als des vorigen Besitzers von Carzenburg, den Kläger selbst zu Anstellung dieses Processes aufgemuntert, im Wege. Bey solcher Bewandniß gewinnet es das Ansehen, ob sey Beklagter in dem vorigen Urthel mit Recht zu Abtretung der streitigen Hufe, Erstattung der daraus gehobenen Nutzungen und Bezahlung der verursachten Unkosten condemniret worden. Alldieweil aber die fast 100. jährige Præscription dem Beklagten allerdinges zu statten kommen muß, in Erwegung, daß die Lettowe laut fol. 34. bereits im Jahr 1514. der festen Meynung, die Pfarre habe das Æquivalent der Hufe erhalten, gewesen, folglich jederzeit in bona fide gestanden, auch durch die Ausstellung der Vocationen und daselbstige Anführung der Matricul vom Jahr 1614. dem Pfarr-Herren weiter nichts eingeräumet, als, daß ihm die Hufe zwar ehemalen versprochen, aber nachgehends statt derselben das andere Land zugeleget worden, gestalt denn auch die längst nach erfüllter Præscription vom Beklagten geschehene Agnition demselben keinen Nachtheil bringet; So haben wir den Beklagten von angestellter Klage loßgezählet.

XII.

Dictum Pauli: Quicquid non ex fide est, peccatum est; proprie de conscientia seu certo animi iudicio agit, atque saltem ab interpretibus ad fidem salvificam extenditur.

XIII.

Igitur dictum hoc in iure canonico ad probandum, quod bona fides in omni præscriptione sit necessaria, bene adhibetur.

Notum est dictum *Pauli in epistola ad Rom. XIV*, 23. *Quicquid non ex fide est, peccatum est.* Idem Pauli dictum bis in iure nostro canonico allegatur & explicatur; primum in *can.* 44. *de Pœnitentia distinct.* 3. ubi sic Gratianus: *Illud*

Illud Ambrosii: Etsi fides desit, pœna satisfacit; non de ea fide intelligitur, de qua dicitur: fides sine operibus mortua est, sed de ea, de qua Apostolus ait: omne, quod non est ex fide, id est, omne, quod fit contra conscientiam, peccatum est. Deest ergo fides, quum non subest conscientia peccati. Sed quia delicta omnia nullus intelligit, est aliquando peccatum in homine, cuius non habet conscientiam. Vnde apostolus ait: Nihil mihi conscius sum, sed non in hoc iustificatus sum. Cuius ergo peccati deest conscientia, illius pœna, si patienter feratur, satisfacit, & relevat gravatum; deinde in *cap. ult. X. de præscript.* ubi ita Innocentius III. Pontifex: *Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est: synodali iudicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio tam canonica, quam civilis. Quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quæ absque mortali peccato non potest observari. Vnde oportet, ut, qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.* Derident communiter interpretes, inprimis evangelicæ religioni addicti, pontificem, quod dictum istud ad bonam fidem, quæ in præscriptionibus desideratur, trahat, aiuntque, apostolum de fide salvifica agere, non de conscientia, seu animi iudicio, seu illa ipsa bona fide in præscriptionibus necessaria. Diu nos idem credidimus, & cum vulgo pontificem derisimus. Incidimus vero tandem in *Grotium lib. 2. de Iure belli ac pacis cap. 23. §. 2.* ac animadvertimus, ab eo vocem fidei similiter, de conscientia nempe, seu animi iudicio, explicari. Quam explicationem idem *Grotius in Commentariis ad epistolam ad Rom. XIV, 22. sqq.* firmat amplius: Πίστις, inquiens, *hic est persuasio ea, per quam quis credit, licitum esse id, quod facit: adsensus conscientiæ:* ὅτι οὐκ ἐκ πίστεως. *Non cum firma persuasione, licitum esse, quod facit. Optimum enim illud; Quod dubitas, ne feceris; apud Ciceronem, tritum & Hebræorum proverbio.* Πᾶν δὲ ὃ οὐκ ἐκ πίστεως, ἁμαρτία ἐστίν. *Peccatum est, quicquid fit conscientia*

non

non adstipulante. Hoc monitum Iudæos, qui Christiani facti erant, spectat, ne aliorum exemplo id facerent, quod ipsi aut licitum non putabant, aut certe valde de eo dubitabant. Quibus repertis, evolvimus perlegimusque attente totum Pauli caput, convictique plene fuimus, Gratianum, Innocentium III. & Grotium Pauli mentem optime perspexisse. Fluctuare autem iterum cœpimus, postquam *Apologiam Augustanæ Confessionis* in manus sumsimus, in eaque Pauli dictum inter argumenta pro fide salvifica collecta collocatum deprehendimus. Nam religioni nobis ducimus, auctoritatem *Apologiæ eius* non sequi. Simul tamen interpretationem in iure canonico bis factam & verisimilem valde damnare non audemus. Sustulere tandem hunc tumultum Balduinus & Hülsemannus, theologi incomparabiles, quorum loca *Calovius in notis ad famosum illud caput XIV.* excerpsit. Hi nos docuerunt, & iuris canonici & Apologiæ nostræ auctores excusari posse. Videlicet Pauli locus, sicut ex inspectione eius clare apparet, de fide conscientiæ agit primario, & in hac significatione recte a Gratiano & Innocentio III. adhibetur. Idem tamen ex rationis similitudine; imo ex superantia, ad fidem quoque salvificam extenditur, atque ita non male ab Apologiæ auctoribus adhibetur. Adiiciemus ipsa *Balduini* verba: *Si ea, quæ absque ista fide fiunt, qua credimus aliquid esse concessum in rebus adiaphoris, peccatum sunt; multo magis peccata erunt, quæcunque fiunt absque certa fiducia cordis in Christum. Atque sic dictum hoc Apostoli ab hypothesi ad thesin, vel etiam ab inferiore specie fidei ad superiorem recte accommodare possumus. Est enim generalis aphorismus de omni fide verus: Quicquid absque fide fit, peccatum est; sive intelligatur fides historica, sive fides conscientiæ, sive fides in Christum &c. Nihil igitur obstat, quo minus etiam de fide iustificante hoc dictum explicari queat, licet hic ad aliam speciem applicetur.*

COROL-

Digitized by Google

COROLLARIA.

1. Poteſt in bona fide eſſe, qui inſtrumentum, quo ius alterius continetur, tenet & perlegit, ſed tamen credit, illi aliunde eſſe ſatisfactum. Exemplum vide in reſponſo, quod in meditatione X. fuit adlatum.

2. Ait *Gothofredus ad Auth. Malæ fidei C. de Præſcriptione longi temporis lit. b* poſſe rem mobilem mala fide ſine furto diſtrahi, atque adeo ab emtore intra triennium uſucapi. Falſum hoc aperte eſt, pugnatque cum *§. 2. I. de Vſucapione* & *L. 1. C. de Vſucap. pro emtore*, ubi omnis alienatio rei alienæ a ſciente facta furtum eſſe & rem vitioſam facere dicitur. Itaque res mobilis a bonæ fidei poſſeſſore, in quem non dominus mala fide eam tranſtulit, nunquam triennio, ſed ſaltem triginta annis uſucapitur.

3. Iniuſtus iudicis principisve iuſſus bonæ fidei poſſeſſorem non efficit. Qua de re plura dicam in *Specimine ſequente de Iuſto titulo, med. 4. 5.* Non obſtat *lex 137. de Reg. iuris.*

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. III.

DE

IVSTO TITVLO

PVBLICE DEFENSVM

A

PETRO ALBERTO GITTNER

BRVNSVICENSI LL. CVLT.

D. IIX. NOVEMBR. CIↃ IↃ CC XXVII.

I.

Præſcriptio non eſt titulus, ſed modus adquirendi dominium.

II.

Ipſa tamen loco tituli eſt, ſufficitque ei, qui titulum poſſeſſionis ſuæ edere iubetur.

Eques quidam prædium, quod olim maiores eius tenuiſſe conſtabat, vindicaturus principem adit, utque ſibi iuſtitia ſine longis ambagibus adminiſtretur, petit. Annuit princeps iudicesque dat, qui poſſeſſorem confeſtim ad titulum poſſeſſionis edendum docendumque adſtringant, aut, ſi hoc non poſſit, ex prædio eiiciant. Parent iudices, vocant poſſeſſorem in ius, & titulum poſſeſſionis docere iubent. Comparet ille quidem, ſed nihil aliud reſpondet, quam, ſe trecentorum pluriumve annorum poſſeſſione tutum eſſe. Iterant iuſſa ſua de edendo

do titulo iudices, atque tandem poſſeſſorem, poſtquam illum conſtanter primæ defenſioni ſuæ inhærere vident, condemnant. Quæritur, an iuſte? Commiſſarii pro tuenda ſententia ſua allegabant, præſcriptam ſibi a principe formulam fuiſſe, quam egredi nefas ſit; in ea præceptum, ut titulum exigerent a poſſeſſore, præſcriptionem autem titulum non eſſe, ſed ipſam titulo opus habere, & ſine hoc nullam eſſe. *L.* 24. *C. de Rei vindicatione.* Verum ICti Helmſtadienſes menſe Febr. anni cIↄ Iↄ cc xxvii. ſecundum poſſeſſorem reſponderunt. Videlicet præſupponendum erat ante omnia, dubia principum reſcripta ſic interpretanda eſſe, ut quam minimum iniquitatis habeant, *L.* 200. *de Regulis iuris.* Iniquiſſimum vero fuiſſet mandatum iudicibus illis datum, ſiquidem id præſcriptionem plus quam centenariam & immemorialem fere, quæ ſecuritatem publicam firmat, excluſiſſet. Itaque princeps, excludere illam voluiſſe, nec credendus quidem erat. Deinde non nego quidem, titulum ſeu cauſam poſſidendi communiter ab uſucapione diſtingui, atque etiam in uſucapione deſiderari. Hoc tamen ſaltem in uſucapione, quam longi temporis vocant, verum eſt, *L. un. C. de Vſucapione transformanda.* Præſcriptio vero longiſſima triginta pluriumve annorum titulum nullum deſiderat, *L.* 8. §. 1. *C. de Præſcriptione XXX. vel XL. ann. L.* 11. *in fine C. Vnde vi*, ſed ſupplet eum, atque ipſa adeo inſtar tituli eſt. Adſtipulatur nobis uſus fori. Dicitur communiter, regalia ſine titulo poſſideri non poſſe, atque adeo poſſeſſorem eorundem ad edendum principi titulum obligari. Satisfacit vero obligationi huic poſſeſſor, qui præſcriptionem immemorialem, quamvis nullo titulo munitam, oſtendit. Quamobrem ſic reſponſum fuit: Hat einer des Geſchlechts von Kahrſtedt das Cloſter Beyersheim wegen eines Hofes und vier Hufen zu Graubingen, ingleichen eines Holz-Fleckes, welche er vor Kahrſtedtiſche

Lehn-Stücke angiebt, in Anspruch genommen, auch von den zu dieser Sache verordneten Hochfürstlichen Herren Commissarien ein beyfälliges Urthel des Inhalts: daß das Closter ihm solche Stücke mit den eingehobenen Nutzungen abtreten solle, erhalten, wogegen das Closter Leuterung und eventual-Appellation eingewendet, aber mit beyden abgewiesen worden. Entstehet also die Frage, ob dem Closter Beyersheim hierunter der Weg Rechtens versaget, also selbiges, sich an die höchste Gerichte zu wenden, genöthiget werde. Nun wird zwar in dem Reiections-Bescheide statt der rationum decidendi angeführet, daß Hochfürstliche Durchlaucht. in dem gnädigsten Commissoriali schlechterdinges anbefohlen, die Besitzer der angesprochenen Lehn-Stücke ohne Procesſ zu Docirung ihres tituli und in dessen Ermangelung zur Abtretung anzuhalten, und wider die Ungehorsame in contumaciam zu sprechen, hingegen das Closter Beyersheim ungeachtet der ihnen zu wiederholten malen geschehenen Auflage keinen titulum dociret, sondern sich lediglich auf die Verjährung berufen, mithin offenbarlich ungehorsam gewesen, und dadurch die beneficia appellationis und leuterationis verloren; worzu weiter kommt, daß ein Landes-Herr bey einem Processe alle unnöthige Weitläuftigkeiten abzuschneiden, und Richter auch Commissarios, remota appellatione, zu setzen, wohl berechtiget ist. Alldieweil aber der von einigen Seculis ja undenklichen Jahren her gehabte Besitz, worauf sich das Closter gleich Anfangs bezogen, ein unstreitiger modus adquirendi dominium und instar omnium titulorum ist, folglich vielgemeldetes Closter allerdinges eine rechtmäßige Ursach seines Besitzes hierunter angeführet, also zu deren Beweis billig gelassen werden sollen, nachdem die præscription in continenti durch Urkunde zu dociren nicht wol möglich ist; Diesemnach halten wir gewiß dafür, es werden die Herren Commissarii, im Fall ihnen dieses nochmalen gründlich vorgestellet, und von der geschehenen Reiection anderweit geläutert oder appelliret wird, von ihrer vorigen Meynung abweichen, und wenigstens, ehe sie solche

Appel-

Digitized by Google

Appellation und Leuterung nochmals verwerfen, die Umstände vorher an Ihre Hochfürstliche Durchlaucht. berichten, in welchem Fall gar nicht zu zweifeln, daß höchstgedachte Hochfürstliche Durchlauchtigkeit, nach Dero Weltgepriesenen Liebe zur Gerechtigkeit, das Closter zuförderst mit seiner Nothdurft hören, und ihm den Weg Rechtens völlig offen lassen werden. Sollten aber hochgedachte Herren Commissarii bey ihrem abschlägigen Decreto verharren, so wäre das Closter sich de denegata via iuris zu beschweren wohl befugt.

III.

Accurata iusti tituli probatio in usucapione non exigitur.

Equidem iustum titulum in usucapione non perinde, ac bonam fidem, præsumi, sed probari oportere, notum est. In ista tamen probatione iudicem scrupulosum esse non oportet. Sufficiunt argumenta verosimilia, nec exceptiones altioris indaginis audiuntur. Nam quoties dominium vel titulus incidenter saltem probari debet, levior demonstratio admittitur, ex doctrina *Bergeri in Resolut. Lauterb. pag.* 152. & *in Oeconomia iuris pag.* 329. *n.* 6. Huc pertinet *lex* 2. *pr. Pro emtore*, ubi sufficere dicitur, quod quis vere & bona fide emit. Sic ICti Helmstadienses mense Sept. anni CIↃ IↃ CC XVI. iudicarunt: Daß Beklagter und Appellant von der angestellten Klage zu entbinden, immassen er hiemit davon entbunden, die beyderseits verursachte Unkosten aber gegen einander aufgehoben werden. V. R. W. Rat. dec. Es hat Kläger eigentlich rei vindicationem wegen des Hofes zu Rosenau angestellet, Beklagter aber dagegen exceptionem emtionis ingleichen præscriptionis vorgeschützet. Ob nun wol die erste nicht völlig erwiesen ist, indem weder aus dem Kauf-Briefe noch aus der Deposition der Zeugen erhellet, daß der Klägerin Ehemann seinen Antheil an besagtem Hof verkaufet, oder seinem Bruder selbigen zu verkaufen, und den Kauf-Brief in seinem Nahmen zu unterschreiben, Vollmacht gegeben, hiernächst der Verjährung der Mangel eines

nes iusti tituli und bonæ fidei im Wege zu stehen scheinet, folglich es propter *L.* 4. *pro emtore* das Ansehen gewinnet, ob hätte Beklagter zu Abtretung wenigstens des halben Hofes und Erstattung der eingehobenen Nutzungen condemniret werden sollen; Alldieweil aber die in den Rechten zu einer ordentlichen Verjährung erfoderte Stücke allhier vorhanden seynd, indem aus dem von Johann Philipp Klocken vor sich und seinem Bruder unterschriebenen Kauf-Briefe erhellet, das Beklagter den streitigen Hof bona fide durch einen Kauf anno 1683. an sich gebracht, welches denn ad fundandam præscriptionem pro emtore genug ist, dahingegen der Streit, ob alle Requisita eines gültigen Kaufs in Acht genommen worden, hieher, da emtio nicht principaliter, sondern nur incidenter erwiesen werden muß, keinesweges gehöret, im übrigen, da der Klägerin Ehemann den Beklagten so viele Jahre in ruhigem Besitze des ganzen Hofes gelassen, daraus eine sehr starke Vermuthung, daß der Kauf richtig und mit seinem Willen geschlossen worden, erwächset; So haben wir nicht umhin gekonnt, Beklagten von der angestellen Klage loß zu zählen, jedoch die Unkosten, weil Klägerin viel wahrscheinliches vor sich angeführet, gegen einander aufzuheben.

IV.

Iniustus iudicis iussus pro iusto titulo haberi nequit.

V

Ne quidem iniustum principis mandatum præscriptionem fundat.

Equidem ex *L.* 137. *de Regulis iuris* constat, iussu iudicis bonam fidem induci. Videtur itaque auctoritas iudicis ad fundandam præscriptionem & usucapionem sufficere. Verum non sufficit semper, nec defectum iusti tituli supplet, tunc scilicet, quum aperte iniusta, & sine legitima causæ

causæ cognitione data est. Itaque supra memoratam *legem* 137. de casu, quo iudex auctoritatem legitime atque causa cognita interponit, intelligi oportet. Egregie Gordianus in *L.* 5. C. *Comminationes, epistolas, programmata: Iudex,* inquit, *partium allegationes audire & examinare debuit; nam subscriptionem ad libellum datam talem, qua diversam partem in possessionem fundi mitteret, vicem rei iudicatæ non obtinere, non ambigitur.* Quoties iudex iniuste & sine causæ cognitione procedit, & possessionem alteri attribuit, spolium committere dicitur. *Postius de Mandato de manutenendo Decis.* 467. *n.* 7. *sqq.* & *Observ.* 12. *n.* 36. id quod etiam in summo principe locum habere recte ait *Lyncker responso* 140. *n.* 14. *sqq.* Secundum hæc ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃCC XVI. responderunt: Hat die Reichs freye Ritterschaft in Franken Orts Rhön und Werre, Buchischen Quartiers, von ihren im Hochstift Fulda befindlichen After-Lehn- und Erben-Zinß-Leuten seit undenklichen Jahren bey geschehenen Lehns-Fällen 10. fl. Lehn- und 5. fl. Fall-Geld erhoben, bis anno 1671. der damals regierende Cardinal von Baden-Durlach solche Fall- und Lehn-Gelder auf 6⅔. fl. heruntergesetzet, und diese Verordnung auch auf des freyen Reichs-Adels Güther erstrecket. Entstehet demnach die Frage, ob Seine Fürstliche Gnaden zu Fulda wider die Hebung des alten Fall- und Lehn-Geldes eine præscriptionem decennalem und erlangtes ius quæsitum anführen könne oder nicht, vielmehr die löbliche Ritterschaft zu ihrer alten possession vel quasi wieder gelangen, und dabey ungekränket gelassen werden müsse. Nun seynd zwar von anno 1671. da das beschwerliche Decret ergangen, und die Erben-Zinß und Lehn-Leute das alte Lehn- und Fall-Geld zu entrichten aufgehöret, weit mehr als 10. Jahre verflossen, und scheinen demnach die Lehn und Erben-Zinß-Leute, kraft solcher langwierigen Possess und dadurch erlangten iuris quæsiti, von weitern Ansprüchen frey zu seyn. Die-

Dieweil aber dennoch die oft angeführte Fürstliche Resolutio de anno 1671. wegen Mangel einer gründlichen causæ cognition weder in Kraft Rechtens erschiessen, noch den Lehn und Erben-Zinß-Leuten eine gegründete Possession zuwege bringen können, vielmehr die von besagten Leuten ihnen hierauf angemassete Freyheit vor ein ungültiges Spolium zu achten ist; So mögen Seine Fürstliche Gnaden zu Fulda keine præscriptionem decennalem wider die Hebung des alten Fall- und Lehn-Geldes anführen, noch ein ius quæsitum vorschützen, sondern es muß vielmehr die löbliche Ritterschaft zu ihrer alten Possession vel quasi wieder gelangen und dabey ungekränket gelassen werden.

VI.

Titulus pro derelicto tunc, quum non dominus rem dereliquit, necessarius est.

VII.

Si ipse dominus rem derelinquit, mobilis statim, immobilis lapso biennio adquiritur.

Inter titulos legitimæ usucapionis refertur in *libro XLI. π. titulo* 7. derelictio. De qua sic tenendum. Si ipse dominus rem mobilem pro derelicto habet, usucapione nulla opus est, sed adprehendens eam confestim dominus efficitur, §. 47. *I. de Rerum divisione, L.* 1. *L.* 5. §. 1. *Pro derelicto.* At si dominus immobilem rem deserit, is, qui eam occupat, lapso demum post occupationem biennio, securus efficitur. Intra biennium enim vetus dominus rem ad suum ius revocare, restitutis prius, quæ expensa constiterit, potest, *L.* 8. *C. de Omni agro deserto.* Denique si non dominus rem derelinquat, atque alius illam a vero domino

Digitized by Google

domino derelictam credens possidere incipiat, usucapio ordinaria longi temporis locum habet, *L. 4. Pro derelicto.* Atque omnia ea, quæ in iure nostro de derelictione constituta sunt, adhuc hodie observantur, quemadmodum *in Specimine CCCCXLIII. de Rebus derelictis, medit.* I. ostendi. Igitur ICti Helmstadienses mense Aprili anni CIↃ IↃCCXVIII. titulum pro derelicto in præscriptione admiserunt: Es hat Zacharias Schramm das streitige Schultzen-Guth anno 1671. da der Besitzer desselben, sein Stief-Vater, Joachim Bluhme, in den Krieg gegangen, in Besitz gekriegt, hierauf anno 1679. an Otten Volckmannen, besage des von dem Amtmanne darüber errichteten Instruments, verkaufet, worauf Volckmanns Nachfolger, Telsche, anno 1686. die Belehnung darüber erhalten, die Erben auch in ruhigem Besitze geblieben, bis endlich anno 1707. bey Gelegenheit eines zwischen den von Winterfeld und Beklagten gewesenen Processes, des Joachim Bluhmens Kinder sich aufbringen lassen, rei vindicationem anzustellen. Nun wird es zwar einem jeden, der alles genau überleget, ganz unwahrscheinlich vorkommen, daß Joachim Bluhme ohne Ursache in den Krieg gegangen sey, sein erkauftes und angebauetes Schultzen-Guth stehen und liegen, und seinem Stief-Sohne in Händen lassen, nachgehends die von diesem vorgenommene Veräusserung stillschweigend ansehen, fremde Leute in der Possession, sich und seinen Kindern zum Nachtheil, dulden, ferner nach seinem Tode die Wittwe, und insonderheit die Obrigkeit, als Obervormünderin der unmündigen Kinder diese unrechtmäßige Possession nicht allein viele Jahre lang verstatten, sondern noch darzu durch Bestätigung der weiteren Alienation und neue Belehnung auctorisiren sollen. Vielmehr ist es höchst vermuthlich, daß Bluhme sowohl seinem Stief-Sohne wegen dessen väterlichen Vermögens als auch andern ein ziemliches schuldig gewesen, demnach das Guth zu verlassen, und an besagten Stief-Sohn abzutreten nöthig gefunden, darüber aber, wie unter Bauers-Leuten öfters geschiehet, keinen so-

Digitized by Google

lennen Contract aufgerichtet. Allein daferne Beklagte mit dieser Bescheinigung fortzukommen sich nicht getrauen, so stehet ihnen die exceptio præscriptionis noch offen, und ist dem Zacharias Schramm weder mala fides noch defectus tituli im Wege gestanden, in Erwegung, daß, wenn gleich die Cession hinweg fällt, dennoch titulus pro derelicto übrig bleibet, welcher ad præscriptionem ordinariam genug ist.

VIII.

In titulo pro derelicto animus derelinquendi per coniecturas probatur.

IX.

Sufficiunt & non facta.

X.

Is, qui domum sibi cum aliis communem incendio vel ruina collapsam a ceteris consortibus solis reædificari & possideri patitur, partem suam derelinquit.

Quando in præscriptione titulus pro derelicto allegatur, præcipua difficultas circa probationem nascitur. Derelictio enim animum derelinquendi, seu ut quis rem suam amplius esse nolit, præsupponit. Hunc vero animum se habuisse negant plerique. Et probatio directa ut plurimum deficit. Igitur ad coniecturas recurrendum est, quæ, uti in aliis causis per *L.* 19. *C. de Rei vindicatione*, ita hic quoque admittuntur. Tales vero coniecturæ ex factis & non factis desumuntur, e. g. ex longo silentio, *L.* 15. §. 21. *de Damno infecto*, ex denegatione alimentorum, *L. ult. Pro derelicto.* Huc pertinet exemplum ICtis Helmstadiensibus mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XVII. oblatum: Domus pluribus communis fulmine tacta conflagrat. Reædificant illam consortes. Vnus tamen ex illis sumtum ad hoc conferre detrectat, tacitusque ceteros & exstruere novas ædes & possidere etiam

Digitized by Google

etiam solos videt ac patitur. Interiectis vero aliquot annis partem suam vindicat. Opponitur exceptio præscriptionis. Ille defectum iusti tituli urget. At nos iustum titulum in derelictione posuimus, atque animum derelinquendi ex denegatione sumtuum ad reædificandum necessariorum collegimus, arg. *L. 3. Pro derelicto.* Adiiciam verba sententiæ: Nunmehr aus den Actis so viel zu befinden, daß Beklagte die Klägerin zum vierten Theile der Mühle und Zubehör anzunehmen, auch ratione præteriti ihr gerecht zu werden, und desfalls sich mit derselben zu berechnen nicht gehalten, sondern von der angestellten Klage zu entbinden, und die durch diesen Procefs verursachte Unkosten gegen einander aufzuheben seynd. V. R. W. Rat. dec. Dieweil der Klägerin Vater nicht ableugnen kann, daß nach dem Wetter-Schaden bis zu Anstellung der Klage die zur Verjährung erfoderte Zeit abgeflossen, auch den Beklagten der Mangel eines iusti tituli und bonæ fidei nicht vorgeworfen werden mag, indem Thies Böttcher, da er zu Reparirung der durch das Wetter beschädigten Mühle nichts beytragen wollen, selbige pro derelicto gehalten und Beklagte sich deren tanquam rei derelictæ bona fide und iusto titulo anmassen können; So haben wir dieselbe billig von der angestellten Klage entbunden.

COROLLARIA.

1. *Ad præscriptionem servitutum titulo opus esse, negat* Wesembecius tit. de Servitutibus §. 5. *At ego in* Specimine CX de interitu servitutum medit. 4. ostendi, *in præscriptione tam positiva quam negativa præter longum tempus etiam iustum titulum desiderari.*

2. *Præscriptio triginta pluriumve annorum iustum titulum non desiderat. & tamen iustitiæ atque æquitatis regulis convenit. Dicam in* sequenti specimine de Præscriptione XXX. annorum.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE TRIGINTA ANNORVM

PVBLICE DEFENSVM

A

GODOFREDO HENRICO ELEND

HANNOVERANO LL. CVLT.

D. XX. DECEMBR. cIↄIↄCCXXVII.

I.

In Præſcriptione XXX. annorum iuſtus titulus nec allegatur, nec probatur, nec præſumitur.

II.

Id quod iuſtitiæ & æquitatis regulis convenit.

Hi, qui iuſtitiam & æquitatem præſcriptionis in genere oppugnant, in præſcriptione longi temporis, quæ præter bonam fidem etiam iuſtum titulum & rem non vitioſam deſiderat, aliquam ſaltem iuſti ſpeciem latere fatentur, id vero, quod in præſcriptione triginta annorum nec iuſtus titulus neceſſarius ſit, nec res furtivæ excludantur, concoquere nulla ratione poſſunt. Et verum quidem eſt, præſcriptione triginta annorum dominium adquiri, quamvis nullus iuſtus titulus præceſſerit, ſed ſolam poſſeſſionem ſpectari. Conſtat hoc ex L.

Digitized by Google

L. 3. & *L.* 8. §. 1. *C. de Præscript. XXX. vel XL. ann.* clarius autem adhuc ex *L.* 11. *in fine C. Vnde vi.* Nec iniquum id est. Qui rem per XXX. annos possedit, etsi titulum possessionis suæ allegare & probare nequeat, propterea tamen titulo non prorsus caret, sed verosimile est, adquisivisse illum vel maiores eius olim rem legitime, periisse autem tanti temporis lapsu, successionibus hereditariis aliisque casibus memoriam eius tituli, aut saltem instrumenta, quibus titulus hic probetur. Ne itaque possessori antiquitas temporis & cessatio adversarii in agendo fraudi esset, optima ratione constitutum fuit, ut ei, qui rem per triginta annos tenuit, si conveniatur, titulum nec probare & nec allegare quidem necessum sit. Præsumit ergo lex & colligit titulum ex istis circumstantiis, non excludit. Ais, posse tamen sic contingere, ut nullus re vera titulus subsit, atque ita verus dominus per solam possessionem iure suo excidat damnumque incurrat. Esto. Incertum tamen hoc est propter longinquitatem temporis. In hac incertitudine possessori magis faveri debet, cui luctuosissimum foret, re, quam tamdiu tenuit, ut, quomodo illam olim adquisiverit, ne quidem recordetur, iam privari. Contra ratione antiqui domini recuperatio rei, qua per tot annos caruit, lucri potius rationem habebit. Quæ quum ita sint, hanc sententiam, quod præscriptio XXX. annorum titulum nullum desideret, usu recepimus, atque secundum eam mense Febr. anni CIↃ IↃ CCXIV. iudicavimus: Würde Beklagter die vorgeschützte von ihm und seinem Vater über 30. Jahr gehabte Possess des streitigen Hauses binnen 4. Wochen, so ihm hiermit pro omni termino anberaumet werden, gebührend beybringen, so ergehet ferner in der Sache, was sich zu Recht gebühret. V. R. W. Rat. dec. Beklagter räumet ein, daß das von Klägern in Anspruch genommene Haus ehemalen zu dessen Guthe gehöret, führet aber dabey an, daß er und sein Vater über Rechts ver-

Digitized by Google

wehrte Zeit, nemlich bey die 59. Jahr lang, solches besessen. Kläger leugnet zwar diesen langwierigen Besitz, saget aber, daß solcher, wenn er gleich dargethan werden könnte, Beklagten nicht zu statten kommen würde, indem derselbe keinen titulum seiner Possess, als das vornehmste Requisitum einer Verjährung, anzugeben weiß, vermeynet also, daß Beklagter, seinem eigenen Bekänntnisse nach, zu Wiederabtretung des Hauses condemniret werden müsse. Alldieweil aber den titulum possessionis zu erweisen, nur bey der ordentlichen Vsucapion vonnöthen ist, dahingegen in præscriptione longissimi temporis, die sich nemlich auf eine 30. jährige Possess gründet, kein titulus erfodert wird, sondern nur bona fides, welche die Rechte ex lapsu temporis præsumiren, und ein ruhiger Besitz so vieler Jahre vonnöthen ist; So haben wir Beklagten auferleget, daß er sein Vorgeben, wie nemlich er und sein Vater zusammen das Haus über 30. Jahr lang besessen, gebührend beybringe.

III.

Feuda per præscriptionem tricennalem & constituuntur & dissolvuntur.

IV.

Sed hæc præscriptio contra agnatos, quamdiu vasallus possessor vivit, non currit.

V.

Currit tamen tunc, quando feudum iis non constitutum, sed saltem pacto promissum fuit.

Præscriptio triginta annorum recepta est inprimis iure feudali Longobardico, 2. *F.* 26. §. 4. adeo ut & vox longi temporis, quæ in 2. *F.* 87. occurrit, de triginta annis explicetur ab *Hornio in Iurisprudentia feudali c.* 11. §. 4. Sive quis ergo feudum adquirere, sive nexum feudalem dissol-

dissolvere & ex feudo allodium facere, sive feudum alienatum revocare velit, ubivis præscriptio tricennalis locum habet. Non opus hic est, moneri, istos triginta annos ex eo demum die, quo quis agere potuit, initium sumere. Nam regula, quod contra agere non valentem præscriptio non currat, quæ in *L.* 1. §. *ult. C. de annali exceptione* proponitur, in ipsa recta ratione fundata est. Fac ergo, vasallum, qui feudum tenet, domino poscenti servitia negare, atque prædium suum liberum & allodiale dicere, hocque per triginta annos continuare. Ita quidem libertatem contra dominum, qui intra istos triginta annos agere & potuisset & debuisset, adquiret, *Strykius in Exam. iuris feud. cap.* II. *qu.* 17. 18. hoc tamen agnatis non nocebit. Hi quippe, vivente vasallo possessore & prole eius mascula, ius agendi nullum habent, 2. *F.* 26. §. *Titius filios*, atque adeo tantisper contra præscriptionem securi sunt. Aliud foret, si vivente vasallo actionem habuissent. Memorabo exemplum : Franciscus Alardum agnatum suum ex pacto inter maiores suos inito conveniebat. Aiebat nempe, Alardi avum suo avo promisisse, se partem allodii sui in feudum versurum, atque Francisci avum in simultaneam investituram recepturum. Alardus se maxime præscriptione tricennali tuebatur. Respondebat Franciscus, tantum abesse, ut præscriptio adversus se completa sit, ut ne quidem initium ceperit, incipere enim præscriptionem prius non posse, quam devoluta demum post Alardi mortem ad se successione. Sed ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CC XVII. præscriptionem & inchoatam & completam esse, crediderunt. Scilicet pactum istud inter Francisci & Alardi maiores de feudo constituendo initum partem allodii in feudum non mutaverat, quoniam sine interventa domini investitura feudum non constituitur, 2. *F.* 1. §. *Sciendum*. Itaque Franciscus nec actionem realem ex feudo con-

constituto, nec ius succedendi habebat, sed actionem saltem personalem ex pacto ad feudum constituendum. Nulla vero actio personalis ex pacto aut contractu ultra triginta annos vivit, *L. 3. C. de Præscript. XXX. vel. XL. annorum*, *L. 1. §. 1. C. de Annali exceptione.* Subiiciam rationes decidendi: Es beschweret sich Kläger darüber, daß Beklagter nicht zu Bestellung des gefoderten Lehnstammes von 8000. Reichs-Thaler condemniret worden. Nun gewinnet es zwar das Ansehen, ob habe sich Beklagtens Groß-Vater, Adam, per pactum tacitum hierzu obligiret, indem er bey dem mit seinen 3. Brüdern anno 1681. aufgerichteten Vergleiche von einem jeden der beyden jüngern einen Lehnstamm von 6000. Reichs-Thaler stipuliret, folgends nach Absterben des ältern, der doch ausdrücklich nichts versprochen gehabt, eben diese 6000. Rthlr. von dessen Land-Erben exigiret, sich nebst seinen übrigen 2. Brüdern in selbige vertheilet, und dieser beyden ihren Lehnstamm mit den ererbten Geldern vermehren lassen, bey welcher Bewandniß die bekannte Reguln: Versammle ich dich zu meinem Lehne, so must du mich wieder zu deinem versammlen; ingleichen: Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur; Beklagtem nicht wenig im Wege zu stehen, und obangeführtes pactum tacitum zu bestärken scheinen. Alldieweil aber Kläger in Ermangelung des Lehnherrlichen Consensus kein ius reale hat, also nicht ex feudo constituto, sondern nur personaliter ad feudum constituendum klaget, und denn dergleichen actiones personales ex pacto descendentes, den gemeinen und Lehn-Rechten nach, länger nicht als 30. Jahre dauren, hingegen bey Anstellung gegenwärtiger Klage über 90. Jahre von Zeit des vermeyntlich errichteten Pacti abgelaufen gewesen, worzu ferner kommt, daß Kläger und dessen Vorfahren öftere Ursache und Gelegenheit gehabt, bey den vom Beklagten und dessen Vorfahren vorgenommenen Veränderungen, als bey Verhandelung des Guths Nothstock, bey Erkaufung und Wiederverkaufung des

des Guths Behlendorff, bey Auszahlung der aus Erdmann Casimirs Erbschaft auf Adamen gefallenen 2000. Thlr. sich ihrer Prætension halber zu melden, solches gleichwohl niemalen gethan; So haben wir Beklagten gäntzlich loßgesprochen.

VI.

Solum privilegium nundinarum non usu decennii exspirat.

VII.

Cetera privilegia non nisi XXX. annorum lapsu exstinguuntur.

In *Specimine XI. de Interitu privilegiorum coroll.* 2. hanc thesin olim posui: *Communis opinio, quod privilegia omnia non usu decennii intereant, in iure fundata non est.* Rogatus deinde per litteras familiares fui, ut eam thesin dilucidius explicarem. Feci hoc, & mense Decembri anni CIƆ IƆ CCXXVI. sic respondi: Ich bin der Meynung, daß ein privilegium nicht binnen 10. sondern erst binnen 30. Jahren per non usum verlohren werde. Meine Raisons seynd, weil 1. regulariter alle Iura binnen 30. Jahren præscribiret werden, *L. 3. C. de Præscript. 30. vel 40. annorum*, und ich keine caussam diversitatis in privilegiis finde, und 2. diese præscriptio tricennalis in *c. 6. X. de Privilegiis* ausdrücklich ad amissionem privilegii erfodert wird. Ist dem *L. 1. de Nundinis*, worauf sich die dissentientes berufen, ist eine exceptio a regula, und keinesweges eine regula enthalten; also muß derselbe bloß allein ad nundinas restringiret werden, wie bereits *Lynckerus in Emendationibus ad analecta sua in Struvii syntagm. iuris civ. pag.* 62. wohl angemerket.

VIII.

Res furtiva a bonæ fidei possessore præscriptione XXX. annorum adquiritur.

Digitized by Google

IX.

A fure & malæ fidei possessore nunquam.

X.

Res furtiva inventa, vel in iudicium delata, inventori vel magistratui post triginta annos plene adquiritur.

XI.

Nec in Saxonia aliud constitutum est.

Res vitiosæ, quamdiu a fure, raptore & invasore detinentur, nunquam usucapiuntur, at, si in possessionem tertii vitium ignorantis deveniunt, post triginta annos adquiruntur, *Novella* 119. *c.* 7. *L.* 11. *in fin. C. Vnde vi.* Certa hæc sunt de iure Romano, sed dubitatur, an non iure novissimo sint sublata. Scilicet in *art.* 209. *Const. crim.* dicitur: **Und kan an solcher gestohlener oder geraubter Haabe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr ersessen werden.** Sed explicant communiter interpretes hunc articulum de longo tempore, tribus nempe, decem & vinginti annis, ea vero, quæ de præscriptione longissimi temporis constituta fuerunt, mutata negant, atque adeo dominum a vindicatione rei sibi furto ablatæ post tringinta annos excludunt. Neque iniquum hoc est, si supponas, possessorem in bona fide esse. At quod *Carpzovius P.* 2. *C.* 3. *def.* 16. & auctoritate eius *Philippi ad lib.* 2. *Instit. ecloga* 32. *n.* 2. hac præscriptione ipsos quoque fures securos reddi aiunt, hoc ferendum non est, & refutabitur facile ex iis, quæ supra *in Specimine de bona fide* dicta. Magis adhuc iniqua est sententia *Carpzovii P.* 2. *C.* 3. *def.* 15. existimantis, in Saxonia dominum rei furtivæ vel raptæ, sed furibus raptoribusve iterum extortæ, silentio sex hebdomadum penitus excludi. Scio quidem, in *Speculo Saxonico lib.* 2. *art.* 31. & 37. rem furtivam in iudicium delatam post annum & diem iudici, a privato inventam post sex hebdomades inventori adiudicari. Ast non additur, verum dominum deinde audiendum non esse amplius.

plius. Nec credo, tam inhumanos fuiſſe maiores noſtros, ut ſic ſenſerint. Fuit ſine dubio hæc illorum mens, rem furtivam, cuius dominus ignoretur, a magiſtratu per annum & diem, a privato per ſex hebdomades adſervandam publiceque habendam eſſe, atque deinde, ſi dominus illam non repoſcat, in uſus proprios converti poſſe, dominum tamen tantillo tempore non prorſus ſubmoveri, ſed & poſt illud tempus, ſiquidem iuſtam ignorantiam, abſentiam vel aliud impedimentum docere poſſit, audiri debere. Hanc, inquam, mentem priſcorum Saxonum fuiſſe, apparet clare, ſi loca ſupra memorata cum *eiusdem Speculi lib.* 1. *art.* 28. ubi hoc de hereditate vacua conſtituitur, conferas. Adde eundem *Carpzovium P.* 2. C. 3. *def.* 13. ubi generaliter, unius anni ſpatium ignoranti nunquam currere, ait. Quæ quum ita ſint, credo, tam in Saxonia, quam extra Saxoniam dominum rei furtivæ eandem, ſive a iudice, ſive ab inventore, ſive ab alio bonæ fidei poſſeſſore teneatur, intra triginta annos repetere poſſe, his autem elapſis, excludi, contra furem ipſum tamen aut alium malæ fidei poſſeſſorem etiam poſt triginta annos audiri.

COROLLARIA.

1. Quod *Menochius lib.* 1. *Conſil.* 2. *n.* 303. ait, præſcriptione triginta annorum libertatem ei contra imperium Romano-Germanicum adquiri, hoc cum legibus imperii pugnat. quæ tempus immemoriale deſiderant in *Receſſu imperii de anno* 1548. *§.* 54. 56. 63. 64.

2. Quod *Strykius in Exam. iuris feud. cap.* 11. *quæſt.* 7. &, qui Strykium in plerisque exſcribit, *Hornius in Iurispr. feud. cap.* 11. *§.* 4. aiunt, iure Longobardico aliam, quam XXX. annorum, præſcriptionem ignorari, refutatur ex 2. *F.* 24. *pr.* ubi annus & dies, & 2. *F.* 26. *§. Titius,* ubi annus eſt definitus.

3. Contra præſcriptionem triginta annorum reſtitutio in integrum ex capite ignorantiæ locum non habet, *Novella* 119. *c.* 7.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE CONTRA PRINCIPEM ET FISCVM

PVBLICE DEFENSVM

AB

ANTONIO VLDARICO ERATH

BRVNSVICENSI LL. CVLT.

D. X. MART. cIↃ IↃCC XXVIII.

I.

Præſcriptio quadragenaria contra principem & fiſcum iuri naturæ, bono publico & iuri ſcripto convenit.

Ex omnibus, quas ICti, principibus adſentaturi, in forum invehere tentant, opinionibus nulla eſt periculoſior & perniciosior civibus ea, qua multi vel nullam vel tamen non aliam, quam immemorialem, contra illos præſcriptionem admittunt. Inter quos quidem nulla, niſi in verbis, differentia intercedit. Nam ſive dicas, rem, quæ ſemel principis & fiſci eius fuit, plane non poſſe præſcribi; ſive, poſſe quidem eam præſcribi, ſed tunc demum, quum nullum veſtigium aut memoria, illam unquam ad principem & fiſcum pertinuiſſe, exſtat, unum certe idemque erit. Vt adeo merito ridendi ſint immemorialis iſtius præſcriptionis patroni, qui iniquitatem aliorum, omnem adverſus principem præſcriptionem negantium,

Digitized by Google

tium, cum quibus tamen ipſi re vera conſentiunt, accuſant. Sed fac etiam, alterutram ex iſtis duabus ſententiis facilius tolerari poſſe. Vtraque tamen iniuſtiſſima eſt. Namque 1. nihil tam iuri & æquitati naturali repugnat, quam, principem & rempublicam illud ius, quod inter privatos ſtatutum eſt, & quo ipſe princeps contra eos frequenter utitur, adverſus ſe viciſſim non admittere, ſed ſe & ſua bona e legum nexu & obligatione eximere. Deinde 2. nihil eſt, quod tantopere pacem & tranquillitatem inter homines turbet, omnemque ſecuritatem e medio tollat, incertiſſimasque rerum poſſeſſiones efficiat, quam negatio præſcriptionis. Quisquis hanc contra ſe non admittit, is ſe quodammodo ceteris omnibus hoſtem formidoloſiſſimum profitetur. Denique 3. ſententia iſta iuribus ſcriptis & receptis, quibus ſe tamen ipſi principes in iis, quæ cum ſubditis habent, negotiis & litibus ſubiecerunt, repugnat. *Ius Saxonicum l. 1. art.* 29. præſcriptionem XXXI. annorum, VI. hebdomadum & III. dierum introduxit, ab eaque neminem, ne principem quidem, exemit. Ius Romanum publicis principisque rebus præſcribendis longius ſpatium, quam privatis, XL. ſcilicet annorum, definivit, *L.* 4. *C. de Præſcript. XXX. vel XL. ann.* Vide maxime *l.* 14. *C. de Fundis patrim.* Vnde ergo opinio illa, quod nulla vel immemorialis ſaltem præſcriptio contra principem locum habeat, niſi ex adſenſione ICtorum, favorem principis per amplificationem iurium ipſius aucupantium, profecta eſt? Nec iuris canonici auctoritas quidquam illi prodeſt. Præterquam enim, quod Pontifex Romanus iura principum mutare aut determinare non potuit, illud quoque *c.* 26. *X. de V. S.* ad quod provocant, de regalibus tantum maioribus, qualia ſunt pedagia, quidagia, ſalinaria ibidem recenſita, agit, neque ad alia iura vel bona extendi debebat.

II.

Præſcriptio quadragenaria in omnibus principis bonis, fiſcalibus, patrimonialibus, domanialibus ſufficit.

III.

Excipiuntur ſaltem regalia, item ea bona, quorum alienatio & adquiſitio per legem eſt interdicta, ubi immemorialis præſcriptio deſideratur.

Ad eludendam præſcriptionem quadragenariam ICti novum, atque iuribus tam Romanis quam Germanis incognitum, bonorum genus excogitarunt, id domanium vel cameram principis appellarunt, a fiſco & patrimonio eiusdem diſtinxerunt, atque omni præſcriptioni exemerunt. Maiores noſtri, Germani veteres, commentum hoc prorſus ignorarunt, atque pro ſimplicitate ſua unicum bonorum principis genus agnoverunt. Romanis idem incognitum fuit. Equidem ſub primis imperatoribus differebant ærarium, fiſcus & patrimonium. Aerarium, quod utique diverſum a fiſco fuiſſe ex *Plinii panegyrico ad Traianum cap. XXXVI.* apparet, complectebatur reditus uſibus reipublicæ deſtinatos. Fiſcus ea bona comprehendebat, quæ a republica in principem proficiſcebantur, ſed dominio ſimul eius ſubiiciebantur, atque in ipſius ſplendorem miniſtrorumque ſuſtentationem impendebantur. Denique patrimonium ſive res privata a principe tanquam privato poſſidebatur. Hæc, inquam, differentia bonorum tantum ſub primis imperatoribus cognita, mox autem ſublata fuit, ut vix aliqua eiusdem veſtigia in legibus, quas habemus, ſuperſint. Quod ad ærarium attinet, occurrit quidem ea vox ſæpius, non tamen in antiqua ſignificatione, ſed plerumque, uti fit in §. 9. *I. de Vſucapionibus*, *L.* 13. *pr.* & *L.* 15. §. 3. *de iure fiſci*, *L.* 10. *C. de Bonis proſcriptorum*, ærarium & fiſcus pro ſynonymis habentur. Interdum quoque

que ærarium patrimonialia bona ſignificat, quemadmodum in *L.* 8. *C. Quorum appellationes non recipiuntur*, privatum ærarium dicitur. Inter fiſcum quidem & patrimonium principis priſtinum adhuc diſcrimen in legibus noſtris reperitur, ſed in verbis tantum. Re ipſa enim utriusque iura ſunt exæquata. Id quod luculenter patet ex *L.* 3. *C. de Quadriennii præſcriptione*, in qua Iuſtinianus Imperator: *Scimus*, ait, *hoc quidem in fiſcalibus alienationibus graviter obſervari: ſed non ſimili modo rem fuiſſe obſervatum circa eas res, quæ a ſacratiſſimis imperatoribus, non a fiſcalibus rebus, ſed ex privata eorum ſubſtantia procedunt, quod ſatis irrationabile eſt. Quæ enim differentia introducitur, quum omnia principis eſſe intelligantur, ſive ex ſua ſubſtantia, ſive ex fiſcali fuerit aliquid alienatum.* Eadem fere eſt Vlpiani in *L.* 2. §. 4. *Ne quid in loco publico* ſententia: *Res*, inquientis, *fiſcales quaſi propriæ & privatæ principis ſunt.* Quum ergo imperator illud, quod olim inter ærarium, fiſcum & patrimonium principis interceſſit, diſcrimen ſuſtulerit, eadem quoque quod ad alienationem & præſcriptionem iura in utroque obtinere voluit. Nec ius canonicum hic quidquam mutavit, ſed duo ſaltem circa præſcriptionem addidit, primum, ne regalia breviore, quam immemoriali, tempore adquirerentur, *c.* 26. *X. de Verborum ſignif.* deinde, ut & in illis bonis fiſci, quorum alienationem & privatam adquiſitionem lex publica interdicit, præſcriptio immemorialis neceſſaria ſit, *c.* 1. *de Præſcript. in* 6. Adde *c.* 33. *X. de Iureiurando.* In his duobus caſibus adhuc hodie præſcriptionem immemorialem deſideramus, in ceteris omnibus quadragenariam ſufficere credimus. Sic ICti Helmſtadienſes menſe Februario anni CIↃ IↃ CC XXV. reſponderunt: Haben Herzog Franciſcus zu M. im Jahr 1605. mit der Stadt Cremona ſich dahin verglichen, daß dieſe Stadt dem Herzoge jährlich vor das ihm ſchuldige Ablager 100. Gulden entrichten, und vor die

rück-

rückständige Jahre überhaupt 400. Gulden bezahlen solle; Als nun Herzog Christians Durchlauchtigkeit diese Foderung jetzo von neuen hervor suchet, so kommt die Sache hauptsächlich darauf an, ob der Stadt die von diesem onere lange Jahre her genossene Freyheit und die daher entspringende Verjährung gegen diesen erneuerten Anspruch zu statten komme. Nun scheinet zwar der Stadt hauptsächlich im Wege zu stehen, daß das Ablager einem Landes-Herrn in den ihm unterworfenen Städten, Dörfern, Schlössern und Häusern ex superioritate territoriali gebühre, folglich die Freyheit davon gar nicht præscribiret werden könne, da zumal die Macht, sich solches Rechtes zu bedienen, pro re meræ facultatis, welche auch per non usum mille annorum nicht verlohren gehet, geachtet werden möchte, wenigstens allhier keine andere, als immemorialis præscriptio, von deren Anfang man nicht weiß, statt finde, die denn, in Ansehung der durch den Vergleich vom Jahr 1609. geschehenen Interruption und des damalen exercirten Rechtes, hinweg falle. Alldieweil aber hie von keinem iure territoriali oder regali die Frage ist, indem die Stadt Cremona sich gar nicht von der allen Unterthanen obliegenden Schuldigkeit, ihrem Landes-Herrn bey vorfallenden Durchreisen und andern unvorsehenen Fällen das Quartier zu geben, frey machen will, sondern der Streit lediglich darauf ankommt, ob die Stadt dem Landes-Fürsten jährlich ein Solennes Ablager mit sonderbaren grossen Kosten und Anschaffung gewisser, in einer alten Specification verzeichneten Dinge, geben, oder dafür 100. Gulden bezahlen müsse, und denn dieses ein ungewöhnliches onus und gleichsam eine Servitut, mithin dasjenige, was die Rechts-Lehrer de præscribenda immunitate ab oneribus publicis, ingleichen de rebus meræ facultatis statuiren, auf gegenwärtigen Fall gar nicht zu ziehen, sondern die ganze Sache dergestalt anzusehen ist, als ob ein Landes-Herr wegen eines seiner Vorwerke das ius pascendi oder eine andere Servitut auf eines seiner Unterthanen Güther prætendire, in welchem Falle die Rechte keine

præ-

præscriptionem immemorialem, sondern nur den Ablauf 40. Jahre erfordern, und denn allhier, wenn man gleich den 30. jährigen Krieg abrechnet, die 40. Jahre längstens verflossen seynd, hiernächst aus dem Ablaufe einer so geraumen Zeit bona fides so lange, bis das Widerspiel dargethan ist, præsumiret wird, allenfalls, und da ja einiger Verdacht einer Wissenschaft und malæ fidei vorhanden wäre, die Sache doch nicht höher, als auf den Reinigungs-Eyd kommen würde, welchen der Rath und Bürgerschaft dem Anführen nach mit gutem Gewissen ablegen kan, ferner die Præscription in der höchsten Billigkeit gegründet, und zu Erhaltung der gemeinen Ruhe und Sicherheit nothwendig ist, diesemnach auch wider den Landes-Fürsten statt findet, als welcher dergleichen ausserordentliche Beschwerden tacite erlassen und derelinquiret zu haben geglaubet wird, nachdem ohnedas in den letzteren Zeiten viele vorher unbekannte Landes-Beschwerden ausgedacht und eingeführet worden, folglich die Sache zwischen Herren und Unterthanen in einen gantz andern Zustand gerathen, übrigens die restitutio in integrum ex capite ignorantiæ nach Ablauf 30. und mehr Jahre in keine Betrachtung kommt, *Novella* 119. *cap.* 7. *Authent. malæ fidei C. de Præscript. longi temporis*, gestalt widrigen falls, und wenn man diese Restitution zuliesse, die Præscription fast immerdar hinweg fallen und vergebens seyn würde, nicht zu gedenken, daß derjenige, welcher über 30. 40. 50 Jahr der ihm zustehenden Rechte halber keine Erkundigung einziehet, in supina & inexcusabili ignorantia ist, mithin keine Restitution begehren kan; Bey so gestalten Sachen halten wir das uns zugesandte Gutachten für gründlich und wohl ausgearbeitet, und seynd mit dem auctore desselben darinnen einig, daß die Stadt Cremona sich gegen den an sie wegen des Ablagers sowohl in Zukunft als der verflossenen Jahre halber gemachten Anspruch mit der Verjährung wohl schützen könne, auch währenden Processes, da einer darüber entstehen sollte, in dem Besitze der Freyheit zu lassen sey.

IV.

Præscriptio quadragenaria titulum nullum desiderat.

V.

Prætextus ignorantiæ fisco contra quadragenariam præscriptionem non prodest.

VI.

Fiscus contra quadragenariam præscriptionem in integrum restituitur, non tamen ultra quadriennium.

Primam thesin, quod scilicet præscriptio quadragenaria titulum nullum desideret, Anastasius claris verbis *legi ult. C. de Fundis patrimonialibus* inseruit. Adde *Specimen nostrum de Præscriptione XXX. annorum medit.* I. Secunda thesis, quod prætextus ignorantiæ fisco contra præscriptionem quadragenariam completam non prosit, hausta est ex *Novella* 119. *cap.* 7. & *Auth. Malæ fidei C. de Præscript. longi temporis.* Denique tertia thesis, quod fiscus quidem contra præscriptionem quadragenariam in integrum restitui queat, non tamen ultra quadriennium, defenditur argumento *Clementinæ un. de Restit. in integrum.* Confirmabimus has theses sententia a ICtis Helmstadiensibus mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XXII. exarata. In Sachen unseres Cammer-Fiscals, Klägers an einem, wider die Korstische Erben, Beklagte am andern Theil, erkennet der Hertzog zu Mantua &c. Daß Beklagte von angestellter Klage zu entbinden. V. R. W. Rat. dec. Es haben Uns zu Abfassung vorstehenden Urthels vornemlich die von den Beklagten vorgeschützte beyde exceptiones rei iudicatæ und præscriptionis bewogen. Zwar würde uns vielleicht die erste Exception, die Beklagte loßzusprechen, allein nicht bewogen haben, wenn ihnen nicht auch der Ablauf von 40. bis 50. Jahren, und die daher entspringende exceptio præscriptionis zu

statten

statten käme. Kläger wendet zwar auch wider diese unterschiedenes ein, insonderheit, daß den Beklagten ein rechtmäßiger titulus auch bona fides mangele, und daß allenfalls die Fürstl. Cammer wider die Ignoranz und Nachläßigkeit ihrer Bedienten in integrum restituiret werden müsse. Alldieweil aber in præscriptionibus von 30. und mehr Jahren kein titulus vonnöthen ist, gestalt diese Verjährung eben zu dem Ende eingeführet worden, damit diejenige, welche in langwierigen Besitze stehen, und die Nachricht von dem titulo ihrer possession wegen Länge der Zeit vergessen oder verloren haben, einmal in Sicherheit gesetzet werden, und nicht dem ewigen Anspruche des Gegentheils unterworfen seyn dürfen, ferner bona fides jederzeit præsumiret wird, auch mala fides nicht so fort daher, daß es in vorigen Zeiten anders gehalten worden, zu schliessen ist, widrigenfalls die Fürstl. Cammer, welche statt der verschriebenen 5. Gulden vor das fette Schwein jetzo 6. Gulden nimmt, gleichfalls in mala fide stehen müste, welches gleichwol nicht, sondern vielmehr zu vermuthen ist, daß aus damalen vorgekommenen triftigen, nunmehr vergessenen Ursachen in beyden Stücken eine Aenderung vorgegangen, weiter nach Verfliessung mehr als 30. Jahre keine Unwissenheit contra præscriptionem completam angeführet werden kan, endlich das quadriennium restitutionis in integrum nach vollendeter præscription bereits abgelaufen ist, und, daferne eine Fürstliche Cammer das beneficium restitutionis in integrum, unter dem Vorwande einer von ihren Bedienten begangenen Nachläßigkeit, auf ewig offen behalten wollte, gar keine Verjährung gegen sie statt fände: Diesemnach sehen wir nicht, wie obangeführte exceptio præscriptionis mit Bestande Rechtens abgelehnet werden könne.

COROLLARIA.

1. Privilegium, quod fisco in *§. 9. l. de Vsucapionibus* item in *l. 2. & 3. C de Quadriennii præscript.* tribuitur, ut hi, qui ab eo per venditionem aut donationem, vel alium titulum aliquid accipiunt,

 securi

ſecuri ſtatim fiant, & victores exiſtant, ſive experiantur, ſive conveniantur, adverſus fiſcum autem usque ad quadriennium liceat eis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ ſunt, putaverint, ſibi quasdam competere actiones, iniquum non eſt, ceſſat tamen tunc, quum fiſcus aperte nulliter in alienando proceſſit. Dixi in *Specimine CCXXXIX. de Perſonis, quæ evictionem præſtant, medit.* 3. 4. 5.

2. *Paponius in Corpore iuris Francici lib.* 12. *tit.* 3. *art.* 31. ait, principem & regem peioris conditionis eſſe, quam civem, in hoc, quod in præſcriptione contra civem tempus minoris ætatis detrahatur, in principe non item. Teſtatur, ſic iudicatum fuiſſe Pariſiis, et poteſt hoc optima ratione defendi, quum princeps, ſive minor ſive maior, bona ſua ſemper per procuratores & miniſtros gubernet, atque longo iam ſatis ſpatio XL. annorum gaudeat, eoque elapſo adhuc quadriennium reſtitutionis in integrum habeat.

9. Ait *Bouchardus in Inſtitutionibus noviſſimis iuris cæſarei,* contra regem Galliarum præſcriptionem ſaltem centenariam locum invenire, & provocat ad vetus aliquod brocardicum: *qui a plume l'Oye du Roy, cent ans apres en rend la plume.* Sed anile illud verbum quadragenariam præſcriptionem legibus civilibus in Gallia quoque receptis ſtabilitam tollere nequit.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE RERVM ECCLESIASTICARVM

PVBLICE DEFENSVM

AB

OTTONE HENRICO BEHLEN

HOLSATA-CELLENSI LL. CVLT.

D. III. DECEMBR. CIƆ IƆCC XXVII.

I.

Bona ecclesiastica dividuntur in communia & dotalia.

II.

Bonorum dotalium species sunt mensalia.

III.

In omnibus his bonis quadragenaria praescriptio sufficit.

IV.

Quae tamen a morte antistitis, qui alienavit, aut potius ab electione successoris currere incipit.

Bona ecclesiastica ex recepta Canonistarum sententia duplicis generis sunt, communia & dotalia. Natura communium facile intelligetur, si de dotalibus paulo accuratius dixerimus. Scilicet clerus, postquam caput efferre coepit, ut maiorem sibi dignitatem conciliaret, spirituale coniugium inter episcopum vel presby-

terum & ecclesiam, cui is præficeretur, contrahi finxit. Vide de matrimonio presbyteri *can.* 4. *cauſ.* 21. *qu.* 2. & episcopi *c.* 2. *X. de Translatione episcopi.* Commentum istud coniugii fecit, ut porro de dote cogitaretur, quæ sponsum alliceret ad nuptias. Quemadmodum ergo dotis hic præcipuus usus est, ut maritus eius fructus lucretur, ex iisque onera matrimonii ferat, *L.* 7. *pr. de iure dotium*, hac eadem ratione dicit *Petrus Gregorius de benefic. c.* 15. etiam ecclesiæ constituendam esse dotem, quæ sufficiat oneribus ferendis; onera illa esse multiplicia, referri eo luminaria, sacrum ministerium, custodiam incorruptionis ecclesiæ, servientium alimenta, & quidquid denique expensarum vel in hospitalitate exercenda, vel in visitationibus, & reliquo officio suo facere oporteat episcopum; his omnibus sufficere debere dotem, neque consecrari ecclesiam posse prius, quam illa sufficienter constituta fuerit. Sunt igitur bona dotalia, quæ ab initio, quum ipsa ecclesia constitueretur, specialiter destinata, seu ut usitata voce utar, fundata sunt ad sustentationem illorum, qui ecclesiæ vel præsunt, vel inserviunt, item ad fabricam templi ceterosque necessarios sumtus. Ex his bonis aliqua iterum mensalia vocantur, quæ scilicet episcopo prælatove ad vitam mollius & splendidius agendam sunt adsignata. Varia doti huic privilegia adscribuntur, quæ solicite congessit exposuitque *Zieglerus de Dote ecclesiæ, integro cap.* 12. Omisit vero, si communem opinionem sequimur, unum ex præcipuis, nempe, ut in re barbara voce etiam barbara, sed tamen vulgata, utar, inpræscriptibilitatem. Hanc, etsi ius canonicum ignoret, interpretes eiusdem bonis dotalibus ecclesiasticis tribuunt, ex duplici potissimum ratione. Primum, aiunt, bona dotalia penitus & simpliciter alienari non posse, ergo nec usucapi, quum usucapio species alienationis sit, per *L.* 28. *de Verborum signif.* deinde veræ dotis præscriptionem cursum non incipe-

cipere, nisi a tempore soluti matrimonii, *L. 30. C. de Iure dotium*, stante vero ecclesia, matrimonium spirituale perdurare, atque non interruptum in successoribus continuari, igitur præscriptionem initium capere nulla ratione posse. Sed hæ quidem rationes parum ponderis habent. Prioris fundamentum prorsus nullum est. Fateor, bona dotalia & mensalia inalienabilia esse. Verum hac in parte nihil singulare animadverto. Commune hoc privilegium illis est cum omnibus aliis ecclesiasticis bonis. Clarissime Celestinus III. in *c. 8. X. de Rebus ecclesiæ alienandis: Sive*, inquit, *intelligantur de mensa, sive non: ut non alienentur, consultius existimamus.* Istud tamen commune privilegium ab eodem Celestino in eodem capitulo limitatur, nisi alienatio ecclesiæ utilis sit. Idem nec præscriptionem XL. annorum excludit. Hanc enim Iustinianus in *Novella* 111. & 131. *cap.* 6. item in *Auth. Quas actiones C. de S. S. ecclesiis* ad omnia bona ecclesiastica extendit. Respondet quidem ad hoc *Bœhmerus in Iure ecclesiastico Protestantium lib.* 2. *tit.* 26. §. 26. *Cogitandum est, Iustiniani tempore fuisse bona ecclesiastica unius eiusdemque conditionis, & paulo serius demum bona certa ad perpetuam sustentationem clericorum, hoc vel illo officio sacro fungentium destinata, & in certum beneficium ecclesiasticum, ut loquuntur, erecta esse. Hoc facto nova hæc disciplina invaluit, ut quidem hæc absolute essent inalienabilia, reliqua autem, quæ ad sustentationem peculiarem clerici alicuius haud sunt destinata, aut in beneficium erecta, facilius alienari possent.* Esto. Sed quid respondebitur ad ius canonicum, cuius conditoribus qualitas bonorum mensalium incognita non fuit, & qui tamen præscriptionem quadraginta annorum generaliter in omnibus bonis ecclesiasticis stabiliverunt, solique ecclesiæ Romanæ privilegium præscriptionis centenariæ dederunt in *c.* 13. *X. de Præscript.* & *c.* 2. *de Præscript. in* 6. Nulla profecto apparet causa, quæ nobis,

Digitized by Google

nobis, generalia hæc capitula ad bona dotalia non pertinere, persuadeat. Altera dissentientium ratio infirmior est adhuc. Non diffitemur, *legem* 30. *C. de Iure dotium*, quæ præscriptionem rerum dotalium vere talium demum ex die soluti matrimonii inchoari iubet, etiam ad res dotales ecclesiasticas trahi posse. Quin imo trahenda est ad omnia bona ecclesiastica, non ad sola dotalia. Constitutum hoc est clare in concilio Toletano, & ex hoc iuri canonico insertum in *can.* 10. *caus.* 16. *qu.* 3. ubi vita sacerdotis vel ministri, qui, dum gubernacula ecclesiæ administravit, quidquam ex bonis fidei suæ commissis alienavit, aut in alias manus venire passus est, in præscriptionis tempore computari prohibetur. Sed ex hoc ipso canone patet, dissoluto per eius mortem aut discessum spirituali matrimonio, præscriptionem inchoari. Nec potest aliter, si argumento *legis* 30. *C. de Iure dotium* hic uti volumus. Nam secundum eam deducitur saltem vita eius mariti, qui alienavit, non secundi & tertii. Itaque & in bonis dotalibus ecclesiasticis, si ecclesia post mortem aut abitum prioris sacerdotis alium antistitem sibi adsciscit, hæ novæ nuptiæ cursum præscriptionis impedire non possunt. Ego itaque cum *Zieglero* sentio, & inpræscriptibilitatem privilegium rerum dotalium ecclesiasticarum esse nego. Sic quoque ICti Helmstadienses sentiunt. Nam mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XIX. quum ecclesia rusticos quosdam tanquam dotales ad operarum præstationem devocaret, hi autem possessione libertatis per octoginta annos continuata se tuerentur, rusticos absolverunt ex his rationibus: Die Entscheidung gegenwärtigen Processes kommt vornemlich auf die Frage an: Ob Beklagte die Freyheit von den ihren Vorfahren laut Amts-Buches und Kirchen-Registers ehemalen obgelegenen Diensten durch die 80. jährige Præscription erlanget? Klägere verneinen es, und führen zu dessen Behuef an, daß die Hoch-Fürstl. Consistorial-Ordnung den piis corporibus wider

der die Verjährung zu statten komme, daß der vorigen Administratoren Nachläßigkeit der Kirchen und dem Armen-Hause unschädlich sey, und daß diese Dienste eigentlich pro bonis dotalibus, derer Veräuserung und Verjährung gäntzlich verboten, zu achten. Gewinnet es demnach das Ansehen, ob hätten Beklagte der Kirchen und dem Armen-Hause die Dienste wiederum zu leisten angehalten werden sollen. Alldieweil aber die Consistorial-Ordnung die Verjährung wider die Kirche nicht gantz aufhebet, sondern vorsichtig darinn zu verfahren befiehlet, weiter die langwierige Nachläßigkeit der vorigen Administratoren einer Kirchen und pio corpori allerdinges schädlich ist, als worinnen sich eben die in den Rechten zugelassene Præscription gründet, endlich das Vorgeben von bonis dotalibus nichts zur Sache thut, immassen auch bey selbigen die 40. jährige Præscription statt findet; So haben wir nicht umhin gekonnt, Beklagte bey der Freyheit von Diensten zu schützen. Et quum præcipuam bonorum dotalium classem bona mensalia, ut supra dixi, constituant, in his etiam præscriptionem quadragenariam admisimus, ex his rationibus: Obwol Kläger, daß das Koth zum Greif mit in dem Register der von Ertz-Bischof Ernsten zum Ertz-Bischöflichen Tische geschlagenen 25. Kothen befindlich, und von Alberto wider sein gethanes Versprechen und geleisteten Eyd, wenigstens 25. Koth beyzubehalten, anno 1526. veräusert worden, vorschützet, demnach selbiges als ein inalienables Tafel-Gut der Königlichen Cammer wieder einzuverleiben bittet. Alldieweil aber auch die unzweifelhafte Tafel-Güter nicht schlechterdings inalienable seynd, sondern gar wol mit gewissen Solemnien, fürnemlich mit Bewilligung des Capituls oder der Land-Stände, veräusert werden können, hingegen keine sichere Nachricht vorhanden, auf was Art die Alienation des Greifen geschehen, demnach wegen Länge der Zeit vermuthet wird, daß dabey alle in den Rechten erfoderte Requisita in Acht genommen worden, *Rebuff. in Compend. alienat. rer eccles. n. 37. van Espen in Iure Ecclesiastico universo P. 2. tit. 36. c. ult §. 46.*

hiernächst besagter Greif mit in dem Register der baufälligen Kothe stehet, und aber dergleichen ruinirte und der Cammer zur Last gereichende Güter bekannten Rechten nach an Privat-Personen zur Wiederaufbauung überlassen werden können, vide *leg.* 7. *Codic. de omni agro deserto*, ferner eine von dem Prælaten auch widerrechtlich vorgenommene Alienation per diuturnum silentium & exinde fluentem tacitum consensum Capituli bestätiget wird, c. 2. *X. de his, quæ fiunt a prælato*, dann die viele Successores des Alberti dadurch, daß sie die Besitzer öfters von neuen belehnet, die von Alberto geschehene Veräuserung deutlich ratihabiret, und dem ihnen etwa zustehenden Rechte stillschweigend renunciiret, endlich der Beklagten anderthalb hundert-jähriger ruhiger Besitz ihnen nicht allein nach den Canonischen und Civil-Rechten, worinnen die hundertjährige præscription in rebus ecclesiæ vor die höchste geachtet wird, und so gar der Römischen Kirche im Wege stehet, sondern auch nach der Magdeburgischen Policey-Ordnung zu statten kommen muß, als nach welcher dergleichen lange Possess præscriptionem immemorialem ausmachet, darwider der vorgeschützte defectus bonæ fidei nichts thut, indem bona fides ex longissimi temporis lapsu præsumiret wird, und die in contrarium angeführte Vermuthungen malam fidem zu erzwingen nicht hinlänglich seynd; So haben wir voriges Urthel nothwendig bestätigen müssen. Nec captari oportet, quod in modo adlatis rationibus centenariæ præscriptionis mentionem fecimus. Hoc enim obiter saltem factum, quia in ista lite tantum tempus effluxerat. Nam si quadraginta saltem anni lapsi fuissent, similiter tamen iudicassemus.

V.

Emphyteusis ecclesiastica sine scriptura per quadragenariam præscriptionem constituitur.

Emphyteusin ecclesiasticam non consistere, nisi scriptura desuper confecta doceatur, doctrina communis est ex *L.* 14. §. 5. *C. de S. S. ecclesiis*, *Novella* 7. *pr.* & *Novella* 120.

120. *c.* 5. *pr.* hausta; quam eo extendit *Mevius in P.* 3. *dec.* 289. ut civilem quidem empytheusin præscriptione longissimi temporis constitui posse dicat, ecclesiasticam neget. At ego contra sentio & ecclesiasticam emphyteusin ab eo, qui per quadraginta annos canonem ex prædio ecclesiastico solvit, sine omni scriptura adquiri credo. Movent me non solum *Novella* III. 131. *c.* 6. item *c.* 13. *X. de Præscriptione* & *c.* 2. *de Præscriptione in* 6. quæ generaliter in bonis omnibus ecclesiasticis quadragenariam præscriptionem sufficere iubent, sed inprimis *lex* 14. *C. de fundis patrimonialibus*, ubi hi, qui fundos templorum sine titulo per quadraginta annorum spatium possederint, ab omni actione, molestia & inquietudine liberantur, & canonem porro solvere iubentur, *ita ut omnibus ad excludendam omnem quolibet modo ex publico movendam quæstionem nuda ex quocunque titulo, vel etiam sine titulo, corporalis quadraginta annorum iugis possessionis exceptio possit sufficere.* Atque ita in tribunali Wolffenbüttelensi anni CIƆ IƆ CC XXVI. in causa Wichens Erben contra Stift S. Blasii iudicatum fuisse recordor.

VI.

Præscriptio quadraginta annorum etiam in feudis ecclesiasticis locum habet.

VII.

Bona ecclesiastica per pacem Osnabrugensem secularisata iure ecclesiarum in præscriptione & aliis capitibus fruuntur.

Prædium est in Thuringia, cuius possessores olim abbatum Hirschfeldensium vasallos se professi sunt, & feudi nexum per omnia agnoverunt. Id vero prædium deinde in aliorum manus venit, qui id nullo titulo, sed tamen ultra XXX. annos, tenuerunt. Tandem gens Hassiaca, cui abbatia Hirschfeldensis ex *Pace Osnabr. art.* 15. §. 2. cessit, vetus feudum suum vindicat. Opponit possessor præscriptionem

nem tricennalem. Respondent Hassi, in re ecclesiastica triginta annos non sufficere, sed quadraginta desiderari. Contra possessor negat, leges, quæ XL. annos in usucapione bonorum ecclesiasticorum requirunt, ad feuda trahi posse, negat etiam, abbatiam Hirschfeldensem, postquam secularisata & in principatum mutata fuerit, iure ecclesiæ censeri posse. Disputatur super his acriter, atque acta ad collegium nostrum mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXXIII. mittuntur. Lis tota in duabus quæstionibus vertebatur, quarum prima erat, an in feudis ecclesiasticis præscriptio tricennalis sufficiat. Adfirmabat hanc possessor, atque se inprimis auctoritate Hassiaci ICti maximi nominis, *Vulteii* nempe, tuebatur, qui *lib.* 1. *de Feudis cap.* 9. *n.* 8. *Annos*, inquit, *triginta ad præscribendum feudum in re qualibet, sive privata sit, sive publica, & sive profana sit, sive ecclesiastica, sufficere existimo, per vulgatam illam regulam, quod, ubi textus non distinguit, nec nos distinguere debeamus.* Vulteio adsentit *Strykius in Exam. iuris feud. cap.* 11. *quæst.* 8. E contrario Hassi Hassiaco doctori Thuringum opponebant, *Lynckerum* scilicet, in *Analectis ad Struvii Syntagm. iur. feud. cap.* 8. *aph.* 1. *n.* 3. & Strykio interpretem eius *Hornium in Iurisprudentia feudali cap.* 11. §. 4. Et nos quoque ad sententiam Lynckeri & Hornii accessimus. Etsi enim ius feudale Longobardicum in 2. *F.* 26. §. 4. generaliter præscriptionem tricennalem in feudis stabiliat, generalis tamen constitutio iura singularia, nisi ea expresse tollat, haud abolet, *c.* 1. *de Constitutionibus in* 6. Dicitur in *Novella* 131. *cap.* 6. solam quadraginta annorum præscriptionem ecclesiis opponi posse. Ergo ecclesia nec in feudis suis aliam præscriptionem admittit. Succedit altera quæstio, an ecclesiæ secularisatæ in præscriptionibus aliisque capitibus iure ecclesiarum adhuc fruantur. Adfirmavimus hanc. Ipsæ quippe *Pac. Osn. tabulæ art.* 5. §. 24. archiepiscopatus, episco-

Digitized by Google

episcopatus & alias fundationes atque bona ecclesiastica in satisfactionem regiæ maiestatis regnique Sueciæ aut æquivalentem recompensationem indemnitatemque suorum fœderatorum, amicorum & interessatorum concessa in iis, quæ peculiaribus concessionibus non sunt mutata, priscis iuribus subiiciunt. Accedit quod in *iisdem tabulis*, ubi de secularisatione istiusmodi bonorum agitur, e. g. *in art.* 10. §. 7. *art.* 11. §. 1. iura omnia secularia & ecclesiastica in novos possessores transferuntur. Adde verba *articuli.* 15. §. 2. *abbatiam Hirschfeldensem cum omnibus appertinentiis, secularibus & ecclesiasticis.* Igitur sic contra possessorem iudicatum fuit: Daß Beklagte alle in dem Adamischen Kauf-Briefe und der dahinter gesetzten Specification benannte Stücke und Gerechtigkeiten, ausser der in dem alten Sächsischen Lehn-Briefe befindlichen Sedel Hofe, zweyen Hufen Landes und 31. neu Groschen Zinsen, der Frau Klägerin abzutreten schuldig. V. R. W. Rat. dec. Die Acta zeigen Sonnen-klar, daß die Rappen zu Berlstedt zweyerley Güter daselbst besessen, deren gröster Theil von der ehemaligen Abtey und dem jetzigen Fürstenthume Hirschfeld, der andere Theil aber von dem Hause Sachsen zu Lehn gegangen, hierauf die Gebrüdere Adam nach Absterben des Rappischen Geschlechts das Sächsische Lehn von des Hertzogs zu Weimar Durchlaucht erkaufet, dabey dem Kauf Briefe unterschiedene Stücke und Gerechtigkeiten, welche in dem alten Sächsischen Lehn-Briefe nicht befindlich, einverleiben lassen, endlich diese Güter von den Adamischen Erben an die jetzige Beklagte gekommen. Dieses alles nun, wenn es mit den übrigen in actis vorkommenden Documenten zusammen gehalten wird, weiset klärlich, daß die in dem Adamischen Kauf-Briefe benannte, und in dem alten Sächsischen Lehn-Briefe nicht gesetzte Stücke und Rechte zu dem Hirschfeldischen Lehne gehören. Ob nun wol Beklagte sich hauptsächlich mit der exceptione præscriptionis zu schützen vermeynen; Alldieweil aber,

Digitized by Google

was die in dem Adamischen Kauf-Briefe benannte Stücke betrift, von Errichtung dieses Contracts bis zu der erhobenen Klage keine 40. Jahr, welche doch zur Verjährung der von einem Stifte zu Lehn rührenden Güter erfodert werden, abgelaufen seynd; So haben wir Beklagte zu Abtretung der in dem Adamischen Kauf-Briefe enthaltenen, aber zu dem alten Sächsischen Lehne nicht gehörigen Stücke condemniret.

VIII.

Historia præscriptionis quadragenariæ a Iustiniano ecclesiis attributæ narratur.

IX.

Ea præscriptio ad civitates non pertinet, sed in his triginta anni sufficiunt.

Lis est intricatissima, qualis præscriptio contra civitates locum habeat. Tres sunt diversæ opiniones. Alii triginta, alii quadraginta, alii centum annos requirunt. Difficilior est huius controversiæ decisio, nisi historiam præscriptionis quadragenariæ a Iustiniano quod ad ecclesias stabilitæ narramus. Ab initio ecclesiæ & civitates ab omni usucapione tutæ fuerunt, atque ius suum post longissima etiam tempora persequi potuerunt, *L. 9. de Vsurpationibus.* Quum vero sic nemini non a templis & civitatibus metuendum esset, Theodosius Magnus tandem præscriptionem tricennalem introduxit, atque hanc omnibus illis, qui usucapioni ordinariæ non subiacerent, obstare voluit, *L. 3. C. de Præscriptione XXX. vel XL. annor.* Cæpit igitur tunc præscriptio tricennalis, quam humano generi patronam recte vocat *Cassiodorus lib. 5. cap. 37.* etiam contra ecclesias & civitates locum habere, donec Iustiniani tempore *lex 23. C. de S. S. ecclesiis*, quæ ecclesias & civitates soli centenariæ præscriptioni subiicit, improbissimis arti-

artibus elicita est. Rem totam verbis *Procopii in Histor. anecd.* a *Nic. Alemanno* latine versis narrabo: *Priscus quidam apud Emesenos fuit, alienæ manus perquam ingeniose mentiendæ peritus, eiusque fraudis plane idoneus artifex. Porro Emesenorum ecclesiam annis ante non paucis heredem instituerat Mammianus vir clarissimus, patricia dignitate, genere, & divitiarum copia illustris. Iustiniano postea principe, Priscus censum familiarem eius urbis habet, quæcunque florerent opibus, ac ditissimæ prædæ esse possent, horum diligenter observat maiores, quorum tabulas sibi conquisierat, eorumque nomine complures conficit libellos, quibus grandem pecuniam a Mammiano apud se depositam accepisse, eidemque debere se illi faterentur. Crediti vero inanibus illis libellis auri summa decem millia pondo colligebat. Denique publici tabellionis, viri fide & virtute conspicui, qui superstite Mammiano civibus tabulas conficiebat, suaque manu consignabat, literas mirum in modum imitatus, sic eos libellos Emesenorum ecclesiæ procuratoribus tradit, qui partem adquirendæ pecuniæ, quæ illum maneret, pollicerentur. Verum obstante lege, quæ reliquas omnes actiones ad tricenariam præscriptionem prolatas, & quas hypothecarias dicunt, nonnullasque alias quadragenaria excludit exceptione, id ineunt consilii. Pergunt Byzantium ire, vim auri Cæsari deferunt, rogantque, ut sibi esse præsto velit ad tantam civium perniciem. Ille accepta pecunia mox legem scribit, ut actiones, quæ ecclesiis competerent, non stati temporis, sed centum annorum præscriptione excluderentur; idque non Emesæ duntaxat, sed in universo Romano Imperio perinde valeret. Ac tum mittit Longinum, virum industrium & corpore strenuum, qui postmodum egit urbis præfectum, ius illud Emesinis dicturum, firmaturumque. Principio quidem ex confectis illis libellis Emesenorum ecclesiæ procuratores, quum in nonnullos cives causam bis centum auri pondo tenuissent, eos illico condemnarunt; quibus ex tanta temporum distantia, atque nocte olim rerum gestarum, nulla defensio*

fensio suppeteret. Quamobrem quum alii, tum Emesenorum primores in magno moerore iacebant, succensebantque calumniatoribus. Sed quum iam pars maxima civium in id exitii veniret, rem ita Deus est moderatus. Prisco huiusce fraudis auctori, ut ad se omnes libellos deferret, Longinus imperat, atque rem detrectanti magna impingit alapam vi; ille ictu forti dextere afflictus supinus concidit, tremensque ac pavidus, remque odoratum Longinum ratus, fatetur fraudem; sic vero totius rei scena detecta, desitum calumniis est. Suidas in Lexico voce Priscus Emesenus rem similiter exponit, ut omnia ex Procopio hausisse videatur, in eo solo ab hoc diversus, quod Iustiniani dedecus verbis temperatis elevat. Quidquid vero horum sit, *lex* 23. *C. de S. S. ecclesiis*, quæ ab initio solis ecclesiis orientalibus profuisse videtur, in *Novell.* 9. ad ecclesiam Romanam quoque extensa fuit. Patefacta deinde, ut ex *Procopio* modo audivimus, fraude, Iustinianus in *Novella* III. & 131. *cap.* 6. revocavit *legem* 23. & *Novellam* 9. atque omnibus ecclesiis & piis caussis, sublata centenaria præscriptione, quadraginta annorum protelationem contulit, nulla civitatum mentione facta. Repetierunt hanc constitutionem Pontifices in iure canonico, præscriptionem tamen centenariam soli Romanæ ecclesiæ contra Iustiniani mentem reliquerunt in *c.* 13. *X. de Præscript.* & *c.* 2. *de Præscript. in* 6. Quod & Irnerius in *Auth. Quas actiones C. de S. S. ecclesiis* fecit. Posthæc quod ad ecclesias quidem & pia corpora dubium nullum superfuit, sed de civitatibus ingens orta est disputatio. *Cuiacius lib.* 5. *Obs.* 5. & *Zahnius in Politia municipali lib. cap.* 60. *n.* 10. civitates adhuc beneficio *legis* 23. *C. de S. S. ecclesiis* & centenaria præscriptione gaudere credunt, quoniam de iis nihil in *Novellis* meminerit Iustinianus. *Struvius Exerc. ad Pandect.* 43. §. 19. & plerique alii interpretationi extensivæ in *Novella* III. locum faciunt, & in ea tacite civitates comprehendi aiunt. Denique

nique *Fachineus lib.* 8. *Controv. cap.* 3. triginta annorum præſcriptionem contra civitates reductam ait. Atque hoc ego etiam credo propter clara Iuſtiniani in *Novella* 111. verba: *Salva circa alias perſonas & cauſas virtute, quam ſemper tricennalis ſibi præſcriptio vindicabat: quoniam hanc decem annorum adiectionem ſolis, ut dictum eſt, religioſis locis, eorumque iuri vel contractibus indulgemus.* Probavit hanc ſententiam Auguſtus Saxoniæ Elector in *Conſtit.* 6. *P.* 2.

COROLLARIA.

1. Quadraginta annis elapſis, & completa contra eccleſiam præſcriptione, ſupereſt adhuc quadriennium, intra quod eccleſia contra perfectam præſcriptionem in integrum reſtituitur, *Clem. un. de Reſtit. in int.*

2. Omnes annuæ præſtationes eccleſiis piisve cauſis debitæ, præſcriptione quadraginta annorum tolluntur & minuuntur, *c.* 4. 6. 15. *de Præſcript.* Ad *L.* 46. *§.* 9. *C. de Epiſc. & Cler.* & *L.* 7. *§. ult. de Præſcript. XXX. vel XL. annor.* quæ obſtare videntur, reſponſum fuit in *Specim. CCLIII. de Præſcript. annuor. redit. medit.* 5. & *Specim. CCCLXXXIII. de annuis legatis, medit.* 6.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE IMMEMORIALI

PVBLICE DEFENSVM

AB

ASCAN. CHRISTOPH. DV ROY

LL. CVLT.

D. XXVIII. IANVAR. CIϽ IϽ CC XXVIII.

I.

Præſcriptio immemorialis deſcribitur.

II.

Huic præſcriptioni documenta literaria non obſtant.

Præſcriptionem immemorialem vocamus, quando nemo adeſt, qui rem in alio, quam in quo nunc eſt, ſtatu vidit, nec id ex aliis audivit. Convenit hæc deſcriptio *legi* 28. *de Probationibus* & *legi* 2. §. 8. *de Aqua & aquæ pluviæ*, quæ potiſſima præſcriptionis immemorialis ſedes ſunt. Iuſtitiam & æquitatem præſcriptionis immemorialis, quam plerique agnoſcunt, evertere conatur *Ludewigius de Civitatum diſpari nexu cum S. R. I. c.* 6. §. 31. non novo tamen niſu, ſed recoquit ſaltem veterum quorundam opinionem, qui immemorialem præſcriptionem adeſſe negant, quoties documenta literaria in contrarium ſunt,

ſunt. Clarius ſcilicet mentem ſuam explicat *in comment. ad Auream Bullam tit.* 8. §. 1. *lit. b.* diſtinguendo inter præſcriptionem immemorialem hominum & inſtrumentorum, quarum illam iniquitatis pleniſſimam, hanc æquiſſimam vocat. Quæſtio tota eo redit, an documenta & libri præſcriptioni immemoriali obſtent. Hoc ait *Ludewigius:* nos cum ICtis, quorum leges ſupra commemoravimus, negamus, & præter æquitatem etiam ſalutem & ſecuritatem publicam pro nobis habemus, quæ graviter lædetur, ſi poſſeſſores ultra hominum memoriam ex vetuſtis ſchedis turbari vexarique patimur. Evertentur regna omnia & principatus, ſi recuperatoria iudicia illis, quorum maiores in iſtis provinciis olim conſediſſe ex hiſtoriis apparet, indulgemus. Reddenda eſt Anglia illis, qui Walliam incolunt, quum ex priſcis annalibus conſtet, Britones, primos inſulæ dominos, a Saxonibus, & Normannis deinde, ſine iuſta cauſa olim invaſos, fugatos, & in angulum iſtum, quem Walliam hodie vocamus, compulſos fuiſſe. Et quid de Germania noſtra fiet, ſi poſteri veterum poſſeſſorum iura maiorum ſuorum vindicare incipient. Bellum ſuſcitabitur plus quam civile omnium in omnes. Exſurget inprimis populus, proferet *Taciti* annales, oſtendet, duces principesque maiorem ſibi & hereditariam poteſtatem præter inſtituta veterum uſurpaſſe, repetet itaque libertatem ſuam, nullamque ſibi legem obtrudi, nullum tributum imponi, niſi conſenſu omnium in comitiis adhibito, patietur. Accedit ſubleſta antiquorum documentorum & hiſtoricorum fides. Multa in his genuina agnoſco, ſed multa etiam falſa, convicta, ſuppoſita fuiſſe, quis negabit? Et hæc diſcerni invicem hodie difficillimum, quin impoſſibile futurum eſt. Sed fac etiam, genuina eſſe omnia. Veriſimile eſt tamen, eum, qui nunc rem tenet, eam iuſto modo & ex voluntate priſci domini adeptum eſſe, titulum vero longin-

Digitized by Google

quitate temporis & casibus variis obliteratum ignorari, superesse saltem monumentum quoddam antiquissimi sed exstincti diu iuris. Recuperabit ergo primus possessor id, quod olim ipse forte in alterum transtulit, & exturbabitur verus dominus ex re, quam ipse maioresque eius legitime & diutissime tenuerunt. Isti profecto iniquitati solum remedium erit præscriptio immemorialis hominum, qua sublata, in incerto erunt possessiones omnes, &, ut *Ockel de Præscriptione immemoriali cap.* 1. §. 9. verbis Wesembecii loquitur, nec arca Noæ nec diluvium vetustatem superabunt. Et, si leges nostras publicas inspicimus, quæ de præscriptione immemoriali agunt, nunquam illis de documentis, sed semper de memoria hominum sermo est. Vide *Auream Bullam tit.* 8. §. 1. ibi: *tempore, cuius contrarii hodie non existit memoria; tabulas pacis Osnabr. art.* 5. §. 27. ibi: *ante hominis memoriam*; *Rec. Imperii de anno* 1548. §. 56. ibi: je in Menschen-Gedächtnüs, rc. Quin imo ipsi Imperii ordines præscriptionem immemorialem prolatis a Galliarum rege instrumentis opponunt apud *Lundorpium in Actis publicis tom.* 11. *p.* 81. *ad annum* 1680. Consentiunt mecum *Molina de Iustitia & iure tom.* 1. *tract.* 2. *disp.* 76. *n.* 3. *Stryk de Iure sensuum disp.* 8. *c.* 3. *n.* 14. *Ockel de Præscriptione immemoriali cap.* 12. §. 10. *Lyncker in Analectis ad Instit. p.* 100. Et sic ICti Helmstadienses mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XIX. iudicarunt ex his rationibus: Die Entscheidung gegenwärtigen Processes kommt vornemlich auf die Frage an: Ob Beklagte die Freyheit von den ihren Vorfahren, laut Amts-Buches und Kirchen-Registers, ehemalen obgelegenen Diensten, durch die 80. jährige præscription erlanget? Kläger verneinen es, und führen zu dessen Behuef an, daß zu Verjährung der schuldigen Frohn-Dienste eine undenkliche Zeit erfodert werde, hingegen das Widerspiel, daß nemlich noch die Dienste im Jahr 1634. geleistet worden, aus den Amts-Büchern

und

und Kirchen-Registern erhelle. Gewinnet es demnach das Ansehen, ob hätten Beklagte, der Kirchen und dem Armenhause die Dienste wiederum zu leisten, angehalten werden sollen. Alldieweil aber die Rechte ad præscriptionem servitiorum nirgend eine undenkliche Zeit erfodern, folglich das tempus ordinarium diesfalls zureichet, überdies allhier wahrhaftig eine species præscriptionis immemorialis vorhanden ist, indem die sub. Nro. II. abgehörte vier sehr alte Zeugen einmüthig aussagen, daß, so lange sie gedenken konnten, der Kirchen- oder Armen-Hauses Acker von den Hüfnern niemalen wäre bestellet worden, welche Deposition, da sie an Endes statt von so vielen und nach des Raths Attestat wohl beglaubten Männern einhellig geschehen, und von Klägern durch keine Gegen Zeugen widerleget wird, billig einigen Glauben verdienet, wogegen denn das Amts-Buch und die Kirchen-Register in keine Betrachtung kommen, gestalt die Præscriptio immemorialis, im Fall sie durch alter Leute Zeugniß beygebracht ist, vermittelst blosser Urkunden nicht umgestossen werden mag; So haben wir nicht umhin gekonnt, Beklagte bey der Freyheit von Diensten zu schützen.

III.

Cessat præscriptio immemorialis tunc, quum de principio adquisitæ possessionis ex documentis certo constat.

Regula, quam in *meditat.* 2. proposuimus, quod præscriptioni immemoriali documenta literaria non obstent, limitationem patitur in casu, quo de initio adquisitæ possessionis ex instrumento certe constat. Hoc quippe initium nulla temporis, quamvis immemorialis, lapsu mutari potest, *L.* 2. *C. de Præscript. XXX. vel XL. annorum*, ubi exemplum conductoris memoratur. Aliud in usufructuario occurrit, de quo vide *L.* 8. *C. de Usufructu.* Eadem ratio est creditoris pignoratitii & depositarii, qui, etsi pignus & depositum ultra hominis memoriam tenuerint, titulum tamen, si de eo ex instrumentis liquido constat, sibi mutare

 atque

atque restitutionem depositi detrectare nequeunt. Addam nunc aliud ex facto exemplum. Conduxerat rusticus seculo XVI. agrum ecclesiasticum, iunxeratque prædio suo, & eundem tanquam prædii sui partem cum successoribus ultra C. tannos, soluta quotannis pensione, tenuerat. Repetit andem ecclesia agrum. Possessor libros censuales, in quibus ager iste suo prædio adscriptus erat, & præscriptionem immemorialem opponit. Nos tamen secundum ecclesiam mense Iunio anni CIↃ IↃ CC XVII. respondimus. Vide hoc responsum supra in *Specimine C. de Vindicatione pertinentiarum, medit.* 5.

IV.

Bona fides in præscriptione immemoriali desideratur.

V.

Non vero iustus titulus.

Præscriptionem immemorialem definit *Struvius in Syntagm. iuris civ. Exerc.* 43. §. 23. *in qua nulla bona fides, nullus titulus, nulla rei qualitas attenditur, sed tantum rem vel ius esse neglectum tanto tempore, cuius initii memoria non exstat.* Facile adsentiam Struvio, si hæc eius mens est, eum, qui se præscriptione immemoriali tuetur, non opus habere, ut bonam fidem, quippe quæ ex lapsu tanti temporis præsumitur, probet. Verum si Struvius hoc eo etiam extendere voluit, ut mala fides, etsi ea ab adversario probetur, tamen præscriptioni immemoriali non obstet, tunc me adversarium eius profiteor. Nam & æquitas ei, & *cap. ult. X. de Præscript.* obstat, & clarius adhuc *Lex* 2. *C. de Præscript. XXX. vel XL. annorum*, in qua possessio ultra XL. annos continuata ei, qui initium possessionis suæ locationem vel precarium fuisse novit, prodesse negatur. Errat ergo *Garsias de Expensis cap.* 9. *n.* 20. 21. dicens, præscriptionem bonæ fidei in præscriptione immemoriali esse iuris & de iure, ut ne quidem probationem contrarii admittat.

Digitized by Google

admittat. At de iusto titulo, quod is in præscriptione immemoriali haud desideretur, res minus dubia est, quum id in *c. I. de Præscript. in* 6. aperte constituatur. Quin imo in præscriptione immemoriali titulum posci, fere ridiculum est, quum, si de titulo & origine constet, præscriptio immemorialis esse desinat. Sic mense Octobri anni CIↃ IↃ CC XV. iudicavimus: Daß Beklagter die ihm zustehende Jagd-Gerechtigkeit zur Gnüge erwiesen, derowegen er bey derselben billig geschützet, und von der angestellten Klage entbunden, die beyderseits verursachte Unkosten aber gegen einander aufgehoben werden. V. R. W. Rat. dec. Es gründet sich Beklagter wegen des ihm zustehenden, aber von Klägern in Zweifel gezogenen Jagd-Rechts auf einem von seinen Vorfahren über Menschen Gedenken hergebrachten und ruhig exercirten Besitze, hat auch solchen nach allen Requisitis durch die abgehörte Zeugen dergestalt beygebracht, daß dagegen, auch so gar von Klägern selbst, mit Bestand nichts eingewendet werden mag. Zwar sucht dieser daher ein dubium zu machen, daß Beklagter keinen Titel der erlangten Possess beygebracht. Aber wer die Natur der Immemorial-Præscription kennet, und weiß, daß man von deren Anfang keine Nachricht haben müsse, der siehet wol, daß eine Contradictio in adiecto seyn würde, den Titul, welcher eigentlich der Grund und Anfang des Besitzes, von einer solchen Præscription zu erweisen.

VI.

Ad probandam præscriptionem immemorialem testes senes, qui de suo tempore & de propria scientia dicunt, non sufficiunt.

VII.

Nec sufficiunt testes negativi.

Inter rationes, quas *Ludewigius de Civitatum impari nexu cum S. R. I. cap.* 6. §. 31. præscriptioni immemoriali obiicit, ultimo loco hanc, quæ tamen fere sola alicuius momenti est, ponit: *cum rei notitia, quæ forte in obscuro loco aut pestis tempore*

Digitized by Google

pore facta est, uno vel altero mense ex hominum memoria possit excidere, longe absurdissimum fore, præscriptione immemoriali vel iura reipublicæ delere, vel res illas, quæ non nisi longissimi temporis præscriptione possunt amitti. Difficile foret, ad hæc responderi, si leviores probationes, quæ in antiquis communiter admittuntur, etiam in præscriptione immemoriali locum invenirent. At non potuit ignorare Ludewigius, quanto rigore quantaque circumspectione hic utantur ICti. Negant communi ore, testes negantes, vel qui de suo tempore & de propria tantum scientia loquantur, sufficere. Desiderant 1. ut testes senes producantur, 2. ut hi non negent saltem, sed adfirment etiam, 3. ut iidem se vidisse dicant, non audivisse saltem, 4. ut idem ex aliis, non solum æqualibus, verum & natu maioribus, acceperint. Ita *Glossator in c.* 1. *de Præscript. in* 6. *Mynsinger Cent.* 1. *observ.* 30. *Carpz. P. I. C.* 16. *def.* 74. *n.* 16. *sqq. Klock vol.* 1. *Consil.* 29. *n.* 358 *sq. Ockel de Præscriptione immemoriali cap.* 12. §. 2. Sed quid opus est, recentiores hos commemorari? Eadem a Paulo & Labeone in *L.* 28. *de Probationibus* & *L.* 2. §. 8. *de Aqua & aquæ pluviæ* requiruntur. Quodsi ergo testes senes de suo tantum tempore & de sua scientia testentur, hi quidem ad possessionem probandam sufficiunt, ad præscriptionem immemorialem non item. Sic mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XII. iudicavimus: Daß Beklagte in die possess vel quasi des Hütens und Grasschneidens am Rande des Dorf-Sees auf beyden Seiten der Knüppel-Brücke in dem sogenannten Floßlauche bis an den Dorf-See allenthalben zu setzen, und darinnen so lange, bis im petitorio ein anders ausgeführet wird, zu schützen seynd. V. R. W. Rat. dec. Der Beweis, welchen Beklagte zu Folge des am 23. Sept. 1706. eröfneten Appellations-Urthels übernommen, betrift anfänglich die Befugniß des Hütens und Grasschneidens am Rande des Dorf-

Sees.

Sees. Nun vermeynen sie zwar, solche dergestalt beygebracht zu haben, daß sie nicht allein in possessorio ordinario, sondern auch im petitorio eine gedeyliche Sentenz zu erhalten hoffen, indem die von ihnen producirte 4. leztere Zeugen ad Art. 7. sqq. ziemlich deutlich, daß Beklagte von undenklichen Jahren her solches Recht besessen, also selbiges per præscriptionem immemorialem adquiriret, aussagen. Alldieweil aber bewehrte Rechts-Lehrer zur præscriptione immemoriali dieses erfordern, daß alte Zeugen aussagen, wie sie nicht allein selbsten wüsten, sondern von ihren Vorfahren gehöret, auch jedermann dergleichen bezeuget, und es eine gemeine Sage gewesen, daß es jederzeit unverrückt also und nicht anders gehalten worden, worauf Beklagte gar nicht articuliret, dahero ihnen, daß die Zeugen, welche nur von eigener Erfahrung und ihrer Zeit deponiren, über 70. Jahr alt, blos und allein nicht zu statten kommen mag; So haben wir den über den ersten Punct geführten Beweis ad probationem petitorii nicht vor zulänglich gehalten, gleichwol aber weil Beklagte dadurch antiquiorem possessionem sattsam bescheiniget, in possessorio ordinario vor sie gesprochen, und, um alle fernere Disputation zu vermeiden, den Ort, wie weit der Rand des Dorf-Sees zu verstehen sey, deutlich secundum depositionem testium ad art. 6. ausgedrücket. Adde *Wernheri Observationem forensem* 165. *Part. I.*

VIII.

Id, quod ab initio reipublicæ, civitatis aut collegii ad præsens usque tempus observatum fuit, etsi de eius origine constet, tamen inter universitatis illius membra præscriptioni immemoriali æquipollet.

Oppidulum aliquod Thuringicum in principio sæculi septimi decimi coaluit primum, atque ius civitatis impetravit. Inter eius cives nostro seculo lis de iure pascendi oriebatur, atque in ea lite iudex reos præscriptionem immemorialem probare iusserat. Subeunt hanc probationem

Digitized by Google

rei, docentque, ab anno 1611. in quo oppidulum demum esse cœperat, ad hæc usque tempora se ius pascendi exercuisse. Verum actores negant, sententiæ satisfactum, negant tempus immemoriale esse, cuius initium in hominum memoria adhuc hæreat, opponunt *legem* 3. §. 4. *de Aqua quotidiana*, ubi in præscriptione immemoriali desideratur, ut origo memoriam excesserit. Nec dissimulabo, me ipsum dubitare, an hoc præscriptio immemorialis dici queat. Sed parum interest, quo nomine rem appellas, dummodo eam præscriptioni immemoriali æquipollere non diffitearis. Hoc autem secundum rectam rationem diffiteri nemo potest. Nam cives & collegæ ex eo, quod perpetuo in ea civitate vel universitate gestum aut observatum fuit, sine dubio obligantur, *L.* 32. *&* 34. *de Legibus*, *L.* 1. *C. Quæ sit longa consuetudo.* Sic mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XVIII. iudicavimus: Daß Beklagte dasjenige, was ihnen zu erweisen obgelegen, und sie sich angemasset, zur Nothdurft erwiesen, derowegen ihnen die streitig gemachte Hutweyde und Austrift der Schiachthämmel hiermit zuerkannt wird. V. R. W. Rat. dec. Ob wol Klägere wider den von Beklagten geführten Beweis vorwenden, es wüsten die Zeugen weder von der præscriptione immemoriali, noch von dem Titel was beständiges zu sagen; Bey welcher Bewandniß es das Ansehen gewinnet, ob hätten Beklagte, sich der streitigen Hutweyde zu enthalten, condemniret werden müssen. Alldieweil aber der eine Zeuge ein in öffentlicher Bedienung stehender glaubwürdiger Mann ist, und ohne Contradiction deutlich auch mit Anführung genugsamer Raison von seiner Wissenschaft aussaget, daß Beklagte anno 1611. in welchem Jahre Dingelstedt das Stad und die Metzger das Zunft-Recht erlanget, die Hutweyde adquiriret und bis jetzo exerciret, folglich einen von Anbeginn der Stadt und Zunft hergeführten und der possessioni immemoriali gleichgeltenden Besitz vor sich haben, weiter die 2. andere von Beklagten aufgestellte alte Zeugen die immemorialem possessionem

nem nicht wenig bestärcken, indem sie bezeugen, daß es von anno 1650. und 60. her dergestalt gehalten worden; So halten wir dafür, es haben Beklagte die prætendirte Hut-Weyde und Austrift genüglich erwiesen, weshalben wir ihnen auch dieselbe zuerkannt.

SPECIMEN CCCCLXI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE CONTRA IVS.

I.

Præscriptioni immemoriali contra legem probibentem locus est.

II.

Rerum, quæ commercio exemtæ sunt, alienatio per præscriptionem immemorialem convalescit.

III.

Tricennalis & quadragenaria præscriptio non sufficiunt.

Præscriptioni immemoriali contra legem locum facit Pontifex in *c.* I. *de Præscript. in* 6. Hoc capitulum in foro recipimus, & recte quidem, quum præscriptionis immemorialis eadem, quæ consuetudinis, per

Digitized by Google

quam lex tollitur, & privilegii, quod etiam contra leges ſubinde indulgetur, auctoritas ſit. Nec obſtat, præſcribentem, cui lex obſiſtit, in mala fide eſſe. Hoc enim negamus. Is certe, qui cum maioribus ſuis rem ultra hominum memoriam tenuit, non poteſt non credere, maiores ſuos eam iuſte & ex voluntate legislatoris adquiſiviſſe. Hæc præſumtio eum ſine dubio in bona fide conſtituit. Vide *Gutierrez Pract. quæſt. lib.* 3. *quæſt.* 17. *n.* 142. & *Zieglerum de Iuribus maieſtatis lib.* 1. *cap.* 5. §. 91. qui ultimus in ſequentibus exempla commemorat, atque in iis poſſeſſionem XL. vel L. annorum reiectam fuiſſe teſtatur. Adferam ego in præſens exemplum aliud. Sunt fere in omnibus Germaniæ provinciis leges, quæ prædia ruſtica divelli, & agros, ex quibus illa conſtant, ſeparatim vendi vetant, eique, qui prædium poſſidet, pertinentias has vindicare ſeu reunire permittunt. Contra reunionem præſcriptio longi, quin & longiſſimi temporis, quæ alias vindicationes excludunt, locum non inveniunt, ob legis prohibitionem, ſed ſola immemorialis præſcriptio admittitur. Sic ICti Vitembergenſes menſe Martio anni CIↃ IↃ CC X. reſponderunt: Es ſeynd die von Beklagtem angeführte Gründe, durch welche er, daß das Edictum Philippinum de anno 1666. auf gegenwärtigen Fall nicht zu ziehen ſey, zu behaupten vermeynet, von gantz keiner Wichtigkeit, geſtalt dann eine Veräuſerung, ſo wider die Geſetze und das Intereſſe publicum vorgegangen, null und nichtig, demnach von dem Alienatore ſelbſt, und vielmehr von deſſen Succeſſore ſingulari, mag angefochten werden, hiernächſt die Exceptio præſcriptionis contra legem prohibitivam nur alsdenn, wenn ſich ſelbige in tempore immemoriali gründet, ſtatt hat.

IV.

Præſcriptio immemorialis etiam contra conſuetudinem valet.

Natu-

Naturalis commerciorum libertas universali consuetudine in Pomerania imminuta, certisque collegiis adscripta est, ut merces, quarum venditio collegio alicubi tributa fuit, nemo, qui extra id collegium vivit, vendere queat. Ista consuetudo, quia legis vigorem habet, etiam, sicut lex, præscriptioni immemoriali obnoxia est, *arg. c. 1. de Præscript. in 6.* Igitur, si quis ultra memoriam hominis commercium istiusmodi rerum sine privilegio exercuit, ab his tamen, qui privilegium & annexum ei ex consuetudine ius prohibendi habent, prohiberi non potest. Ipsa quippe præscriptio immemorialis instar privilegii est, arg. *c.* 26. *X. de Verb. signif.* Sic mense Iunio anni CIↃIↃCCXV. iudicavimus ex his rationibus: Die Frage, worauf es bey Entscheidung der Haupt-Sache fürnemlich ankommt, bestehet darinnen: Ob Beklagte einiges Recht haben, zu verbieten, daß Klägere sich weder Kaufleute nennen, noch mit den in unserem Urthel benennten Waaren handeln dörfen? Beklagte wollen ihr ius prohibendi aus ihrer Rolle, worinnen sie mit allerhand Kaufmannschaft bewidmet seynd, und aus dem von der Regierung darüber, daß nemlich nach den Pommerischen Rechten einer jeden Zunft ein ius prohibendi aus ihrer Rolle zustehe, gegebenen Zeugnisse behaupten. Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätte voriges Urthel, welches Klägern sowohl den Kaufsmanns-Titel als den Handel mit obangeführten Waaren verbietet, bestätiget werden sollen. Alldieweil aber Klägere nicht allein durch die summarisch abgehörte Zeugen beygebracht, daß einige ihres Mittels von langen Jahren her den jetzo streitigen Handel ruhig getrieben, dawider Beklagte keinen einigen actum prohibitivum anzugeben wissen, woraus denn eine possessio immemorialis fliesset, sondern auch durch die Beylagen erwiesen, daß in Statuten der Stadt Stolpe der Kaufleute, welche sowohl in der Brauer- als in der Gewand-Schneider Zunft sitzen, gedacht wird, daß die klagende Zunft sich schon vor langer Zeit Brauer und gemeine Kaufleute genennet, solchen Nahmen auch in

Digitized by Google

einem Fürstl. Rescripte von anno 1575. und in einem anno 1683. eröfneten Urthel erhalten, endlich die von der Regierung zum Grunde ihres fol. 269. befindlichen Gerichts gesetzte Pommerische Rechte und Gewohnheit zwar in ihren Würden bleiben, aber in gegenwärtigem Falle, da Klägere hingegen eine auch contra ius commune geltende Præscription vor sich haben, unmöglich statt finden; So sehen wir nicht, wie bey solchen Umständen den Klägern der Titel von Kaufleuten und der freye Handel mit den angegebenen Waaren untersaget werden könne.

V.

Contra legem permissivam præscriptione immemoriali opus non est.

VI.

Is, qui iure sibi in lege permisso adversus alterum non utitur, triginta, aut, si princeps sit, quadraginta annis excluditur.

In *tabulis pacis Osnabrugensis art.* II. §. I. & 4. electori Brandenburgico episcopatus Halberstadiensis & Mindensis ceduntur, atque simul potestas datur, quartam præbendarum partem exstinguendi, reditusque earum in usus mensæ episcopalis convertendi. Id ius suum quod ad bina Capitula Mindensia Fridericus Guilielmus elector olim in pia quædam corpora transtulit, quæ post aliquam litem tandem cum istis capitulis transegerunt, ac sibi quartam omnium redituum partem stipulata sunt. Sunt autem in istis capitulis duæ præbendæ, quas medias vocant, tenues admodum & exigui proventus. Ex harum reditibus nihil unquam decerptum ac ne petitum quidem fuit. Post L. demum & plures annos cessionarii consurgunt, ac possessores illarum præbendarum excutiunt. Hi exceptione præscriptionis se tuentur. Obiiciunt eis cessionarii malam fidem, dicuntque, contra legem soli præscriptioni immemoriali

riali locum esse. At ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXV. secundum canonicos litem deciderunt, ac dubia iis obmota sat solide, ut puto, refellerunt: In Sachen des Mandatarii der Donatariorum quartæ, Klägers an einem, wider die Canonicos Biermann und Erdmann, Beklagte am andern Theil, erkennet die Regierung zu Minden rc. daß Beklagte von der angestellten Klage zu entbinden, die beyderseits verursachte Unkosten aber gegen einander aufzuheben seynd. V. R. W. Rat. dec. Es fodert Kläger von Beklagten den vierten Theil der aus ihren Canonicaten fälligen Einkünfte, und gründet sich diesfalls auf einem von der Vniversität Frankfurt und Gymnasio zum Jochimsthal mit den beyden Capitulen zu St. Martin und Iohann aufgerichteten Vergleiche, worinnen jenen der vierte Theil von allen besagter beyder Capitulorum Einkommen, nichts überall ausgenommen, versprochen worden, dagegen Beklagte insonderheit exceptionem præscriptionis, und daß, wie Kläger selbst nicht in Abrede seyn mag, über 50. Jahr weder ihnen noch ihren Vorfahren, als Besitzern mediarum præbendarum, etwas abgefodert worden, vorschützen. Ob nun wol Kläger einwendet, es wären die Besitzere mediarum præbendarum, als welchen der Inhalt des Vergleiches nicht unbekannt seyn können, in mala fide gewesen, ferner hätten die Donatarii ihr Recht vom Landes-Herrn selbst empfangen, und repræsentirten also Fiscum und Cameram principis, denen keine Verjährung im Wege stehe, überdem sey Beklagten auch der Osnabrückische Friedens Schluß *art.* II. §. 4. folglich lex publica, wider welche gar keine andere, als præscriptio immemorialis, statt findet, *c.* 1. *de Præscriptionibus in sexto*, entgegen. Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob falle die exceptio præscriptionis gänzlich hinweg; Alldieweil aber Beklagte wegen der in ihrer Exceptions-Schrift angeführten Gründe ziemlich wahrscheinliche Ursach zu glauben gehabt, daß bey Aufrichtung des Vergleiches kein Absehen auf ihre geringe Einkünfte genommen

worden,

worden, demnach, daß sie in mala fide gewesen, nicht gesaget werden mag, hiernächst dem Fürstl. Fisco, vielmehr also dessen cessionariis, die præscriptio quadragenaria allerdings im Wege stehet, *L. 14. C. de Fundis patrim. L. 4. C. de Præscript. 30. vel 40. annor.* ferner der Osnabrückische Friedens-Schluß in angeführtem Orte nichts befiehlet, sondern nur dem Durchl. Hause Brandenburg verstattet, den vierten Theil der Canonicaten einzuziehen, von welchem Rechte besagtes Durchlauchtigstes Haus, oder dessen Cessionarii, gar wohl etwas vergeben und per præscriptionem nachlassen können; So seynd wir Beklagte von der angestellten Klage loßzusprechen, die beyderseits verursachte Unkosten aber gegen einander aufzuheben, bewogen worden.

VII.

Præscriptio immemorialis etiam ei obstat, qui per legem aut privilegium omni præscriptioni exemtus est.

Summa est præscriptionis immemorialis auctoritas, & natura prorsus peculiaris, atque ab indole ceterarum præscriptionum diversa. Igitur etsi quis per legem aut privilegium omni præscriptioni exemtus sit, præscriptionem tamen immemorialem admittat, oportet, quam tollere princeps voluisse non est credendus. Nec sine lege loquor. Nota est lex Scribonia, quæ præscriptionem omnem in servitutum adquisitione tollebat, *L. 14. pr. de. Servitutibus, L. 4. §. ult. de Vsurpationibus.* Sed, antequam ea lex per Iustinianum in *L. 13. C. de Servitutibus* sublata est, ICti veteres crediderunt, eam, quamvis generalem, ad præscriptionem tamen immemorialem non pertinere, *L. 3. §. 4. de Aqua quotidiana, L. ult. de Aqua & aquæ pluv.* Sed clarius adhuc ius canonicum in *c. 1. de Præscriptionibus in 6.* eis, qui ius contra se habent, hoc est, quos lex præscribere

bere vetat, temporis tamen, cuius contrarii memoria non existit, præscriptionem allegare permittit. Consentit mecum *Choppinus de Domanio Gallico lib.* 3. *t.* 9. §. 3. testaturque in domanio Galliæ, quamvis per edicta regia omni præscriptioni exemto, præscriptionem tamen immemorialem admitti, ut mirer adeo, *Ockelium de Præscriptione immemoriali cap.* 3. §. 24. dicere, domania Galliæ, non obstante ulla temporis immemorialis præscriptione, a quocunque possessore repeti, testemque eius rei advocare Choppinum, qui tamen contrarium tuetur, & in summo senatu Parisiensi sic iudicatum fuisse dicit. Quapropter ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CC XIX. præscriptionem immemorialem adversus ecclesiam, quam lex nulli præscriptioni obnoxiam declarabat, admiserunt, ex his rationibus: Es kommt bey Entscheidung dieser Appellations-Sache auf die Frage an: Ob Klägere die auf der Brunower Feld-Mark prætendirte servitutem pascendi, und die zu deren Grund gesetzte Immemorial-Præscription erwiesen? Nun findet præscriptio immemorialis sonder allen Zweifel gegen die pia corpora statt, gestalt die dawider angeführte Visitations-Ordnung nur von der langwierigen Verjährung handelt, keinesweges aber von der in den natürlichen, civil-canonischen und Reichs-Gesetzen gegründeten Immemorial-Præscription, als welche so gar der über die maassen privilegirten Römischen Kirche, ja Kaysern, Königen und Fürsten im Wege stehet, zu verstehen ist. Simile exemplum habet *Schützius de consolidatione pertinentiarum cap.* 9. §. 8. ubi legem regis Prussiæ commemorat, qua rustico partes prædii sui alienatas vindicanti exceptio præscriptionis obiici vetatur, addit tamen, ea lege præscriptionem immemorialem haud excludi.

VIII.

Princeps præscriptionem immemorialem lege aut privilegio tollere potest.

Digitized by Google

Posse præscriptionem immemorialem lege aut privilegio tolli, credo, nec moveor rationibus, quas in contrarium adfert *Ockel de Præscriptione immemoriali cap.* 3. §. 24. & *cap.* 10. §. *ult.* Quamvis enim non negem, præscriptionem immemorialem in iure naturæ & summa æquitate fundatam esse, norunt tamen ICti, ius civile iuri naturali per omnia non servire, sed addere ei nonnunquam aliquid aut detrahere, *L.* 6. *pr. de Iustitia & iure.* Ipse Deus agros Levitarum omni præscriptioni eximit *Levitic. XXV*, 34. Et lata est olim in ducatu Guelphico lex, qua præscriptioni immemoriali locus contra reunionem pertinentiarum denegata fuit, sed eadem tamen deinde durior visa & sublata iterum est. Sed ubi istiusmodi lex vel privilegium exstat, ICtis ab eo in iudicando aut respondendo recedere non licet. Commemorabo exemplum. Edixerat ante paucos annos rex Prussiæ, ut prædia omnia, quæ olim rusticorum atque tributis obnoxia fuissent, quamvis in præsens libera, nunc tamen oneribus iterum subiicerentur, utque, si de origine prædii certo constaret, nulla immunitatis possessio, nulla diuturnitas temporis attenderetur. Ex hac lege civitas quædam a fisci advocato in ius vocabatur. Huic ante aliquot secula agri cuiusdam pagi, qui ultra hominum memoriam desertus & incultus iacebat, addicti fuerant. Quos agros civitas semper a tributis immunes possederat. Nec erat homo, qui quidquam ex illis præstitum recordaretur, quin & in libris censualibus nulla eorum mentio occurrebat. Itaque præscriptio immemorialis sine dubio aderat. Nos tamen a civitate mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XXVI. consulti negavimus, hanc ei profuturam, quoniam de origine prædii ex documentis constaret: Hat E. E. R th der Stadt Frankfurth die Steuer-Freyheit einiger in den Feld-Marken Rottorf und Rannau gelegenen Ländereyen

rey zu erweisen übernommen, aber ein widriges Urthel, daß sie nemlich den übernommenen Beweis nicht vollführet, erhalten, und darwider Supplication eingewendet, verlanget auch nunmehr zu wissen, ob er probanda probiret, mithin das ergriffene remedium supplicationis gegründet, und daher eine reformatoria zu hoffen sey. Wenn man nun gedachten Beweis und die dabey angezogene Documenta genau ansiehet, anbey den merkwürdigen Umstand, daß die Stadt Frankfurth und die darinn gelegene Kirchen und Clöster bey der erlittenen Eroberung fast alle ihre Briefschaften verlohren, mithin den Ursprung und erste adquisition, auch eigentliche Beschaffenheit der dazu gehörigen Güther ad oculum zu erweisen nicht wol möglich fällt, betrachtet, so gewinnet es das Ansehen, ob sey das thema probandum, wie nemlich die streitige Grund-Stücke, so viel man weiß, und von Menschen Denken her primordial Rathhäußliche und geistliche Güther gewesen, nothdürftig beygebracht worden. Denn die bey dem Beweise inducirte Documenta, wider welche der Fiscus nichts zu erinnern gefunden, zeigen klar, daß das Forst-Amt, die Kirche S. S. Johannis und Pauli und das S. Annen-Kloster die in Streit gezogene Länderey vor und nach der Eroberung besessen und genutzet, und kann daher nicht anders geschlossen werden, als, daß solche Stücke ihnen primordialiter zugehöret, da der Fiscus das Widerspiel nicht mit dem geringsten bescheiniget. Hierzu kommt überdies, daß sich keine Nachricht findet, wie solche Länderey jemalen zu Steuer und Contributionen gezogen worden, folglich die praescriptio immemorialis, welche, nach der natürlichen Billigkeit, den allgemeinen Reichs-Gesetzen und selbst den Königlichen Preußischen Rechten und Verordnungen immunitatem a functionibus publicis zu wege bringet, allhier am hellen Tage zu liegen scheinet. Alldieweil aber die bey dem Beweise inducirte Documenta klar ergeben, daß die zum Forst-Amte und Closter St. Annen geschlagene Grund-Stücke in der Dorfstätte Rotterf und andern ehemahlig dazu gehörigen Ländereyen bestehen, und

in den Marken dieses jetzt wüste stehenden Dorfs belegen seynd, demnach primordialiter Dorf- und Bauer-Güther, also ihrer Natur nach den Steuren und Contributionen unterworfen gewesen, mithin nach Verwüstung dieses Dorfs erst zum Forst-Amte und Closter gezogen worden, und denn Sr. Königlichen Majestät Intention dahin gehet, daß, wenn von dem Ursprunge und anfänglichen Beschaffenheit eines Guthes Nachricht vorhanden, die von dem Besitzer lange Jahr über genossene Steuer-Freyheit selbigem weiter nicht zu statten kommen, noch ihn wider den Fiscum schützen solle; So haben die Herren Consulenten sich wegen dieser Rottorfischen Grund-Stücke keiner Reformatoriæ zu getrösten.

IX.

Præscriptio immemorialis privilegii instar est.

X.

Atque adeo tunc quoque locum habet, quum lex concessionem principis requirit.

Regula vulgaris est: præscriptionem immemorialem vim privilegii per omnia habere. Ea non commentum recentius leguleiorum est, quemadmodum nonnemo ait, sed a Pomponio in *L.* 3. §. 4. *de Aqua quotidiana*, si ei *legem* 1. §. 42. *eodem* & *L.* 18. §. 1. *de Aqua & aquæ pluviæ* iungas, proponitur. Multa inde consequuntur, hoc inter alia, quod, etsi lex expresse ad iuris cuiusdam adquisitionem concessionem principis desideret, præscriptio tamen immemorialis sufficiat. Id ex legibus supra memoratis, in quarum posterioribus duabus aquæductus omnibus, quibus princeps eum non concesserit, denegatur, in priore vero ductus aquæ, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco

loco habetur. Porro ex *L. 3. §. 1. de Collegiis & corporibus* notum est, collegium, nisi ex principis auctoritate, coire non posse. Atque tamen ea collegia, quorum origo memoriam hominum excedit, pro licitis reputantur. Ex eadem ratione Helmstadienses ICti mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XV. immemorialem praescriptionem admisere, tametsi lex adesset, quae concessionem principis requireret. Es hat Beklagter, als er von klagendem Advocato fisci wegen der auf seinem Guthe exercirten Jagd in Anspruch genommen worden, sich auf possessionem immemorialem berufen. Als ihm nun das Iudicium, die vorgeschützte Possession zu erweisen, auferleget, hat Kläger hierwider Revision gesuchet, auch, da Beklagter um Abhörung der Zeugen in perpetuam rei memoriam gebeten und solche erhalten, sich wiederum des besagten remedii bedienet. Die Gravamina des Klägers bestehen hauptsächlich darinnen, daß Beklagtem der Beweis einer Possession zuerkannt worden, da doch nach unterschiedener Rechts-Lehrer Meynung hier nicht einmal possessio immemorialis statt finde, sonderlich nach Ostfriesischen Rechten, in welchen zu Erlangung der Jagd-Gerechtigkeit entweder ein adeliches Guth oder die Concession des Landes-Fürsten ausdrücklich erfodert wird, diesemnach die Abhörung der Zeugen vergebens sey, und wenigstens Kläger mit seinen wider ihre Personen habenden Exceptionibus gehöret werden müste; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätten vorige Decreta aufgehoben, und die Jagd Beklagtem entweder ganz abgesprochen, oder er, ein von dem Landes Herrn erhaltenes Privilegium zu erweisen, angehalten werden sollen. Alldieweil aber die neuerliche Meynung einiger Rechts-Gelehrten, als ob praescriptio immemorialis in regalibus nicht statt finde, der natürlichen Billigkeit, den ausdrücklichen Rechten, der Praxi und von allen DD. bisher approbirten Sentenz zuwider lauft, dann die Ostfriesische Jagd-Concession vom 4. Octobr. 1663. denenjenigen,

nigen,

nigen, so von den Fürstlichen Vorfahren der Jagd halber einige Indulta erhalten, solch ihr erlangtes Recht ausdrücklich vorbehält, welches denn nach Inhalt der Rechte auf præscriptionem immemorialem, die tacitam concessionem & indultum principis in sich begreifet, gezogen werden muß; So haben wir nicht umhin gekonnt, vorigen Bescheid zu bestätigen, würden auch, daferne Kläger das privilegium fisci und den Namen des Landes-Fürsten nicht vor sich gehabt, denselben in die expensas retardati processus zu vertheilen kein Bedenken getragen haben.

COROLLARIA.

1. Regalia præscriptione immemoriali, si cum principe lis sit, adquiri, pluribus ostendi in *Specimine CCCCXLI. de Venatione, medit.* 7. & 8.

2. Servitutes omnes, etiam rusticas & discontinuas, præscriptione ordinaria adquiri, nec immemoriali opus habere, dixi in *Specim. CVIII. de Iure pascendi, medit.* 1.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLI. TIT. III.
DE

REBVS MERAE FACVLTATIS

PVBLICE DEFENSVM
AB
HENR. BALTHAS. SEELMANNO
MAGDEBVRGENSI LL CVLT.
D. XIV. IANVAR. CIↃ IↃ CC XXVIII.

I.

Res meræ facultatis describuntur.

II.

Eæ non solum ex iure naturali omniumque hominum communi, sed & singulari civitatis aut universitatis pendent.

Rem non novam adgredimur, sed infinitis ICtorum disputationibus diutissime agitatam, adhuc tamen dubiam, & variarum publicarum privatarumque litium caussam, scilicet doctrinam de rebus meræ facultatis; quæ ideo intricatior est, quod nec dum de definitione earum inter interpretes convenit. Nemo adhuc argumentum hoc de rebus meræ facultatis paulo accuratius consideravit, qui novam aliquam definitionem ab aliorum definitionibus saltem verbo diversam non excogitaret. Primus ego forsan sum, qui hoc non facio, sed in aliorum cogitationibus adquiesco. Fateor nempe, ex omnibus, qui de rebus meræ facultatis scripserunt, *Gribneri* meditatio-

nes

Digitized by Google

nes mihi optimas videri, quas *in tomo IV. Opusculorum iuris publici sect. 4. de Iure suffragandi usu intermisso non pereunte* §. 18. *sqq.* proponit. Commemorat ibi & explodit definitiones a *Grotio*, *Vinnio*, *Hubero*, *Struvio*, *Titio*, *Thomasio*, & *de Toullieu* factas, & recte quidem. Nec meliores sunt, quas *Mevius P.* 1. *dec.* 60. & *Cocceius in dissert. de rebus merae facultatis* §. 6. habent. Gribnerus ergo hanc suggerit: *Res merae facultatis sunt, quae non ex privilegio, sed iure proprio, eodemque vel omnium hominum, vel omnium civium communi ita competunt, ut, quoties animus fert & occasio, iis uti possimus, neque aut possessio aut prohibitio aliena ab eorum exercitio nos excludat.* Nemo ante illum rem tam lucide proposuit. Quamvis enim *Lynckerus in Analectis ad Struvii Syntagm. iuris civ. lib.* 41. *tit.* 3. §. 22. iunctis *emendationibus ad h. l. p.* 50. simillima habeat, obscurus tamen est, & commentatione indiget. Praecipuum interim hoc est, quod res merae facultatis non, ut Vinnius Cocceiusque credunt, ex sola libertate naturali, seu potestate ab ipsa natura omnibus hominibus concessa, & iure omnium communi pendeant, sed ex iure quoque civitatis vel universitatis descendant, omnibus civibus & membris universitatis communes sint. Sic lex est apud Hispanos, ne quis, nisi Hispanus, in America negotietur, Halis Saxonum, ne quis, nisi municeps, salinas habeat, in academia hac Iulia, ne quis, nisi studiosus, mensa communi utatur. Negotiatio igitur in America, emtio salinarum, usus mensae communis, sunt actus merae facultatis, sed saltem intuitu Hispanorum, civium Halensium & studiosorum, quorum unus, etsi per centum annos ab istiusmodi actu abstinuerit, ius tamen agendi non amittit.

III.

In rebus merae facultatis possessio per usum solitarium, etsi longissime exercitum, non adquiritur.

IV.

IV.

Adquiritur tamen poſſeſſio per prohibitionem, ſi alter in ea adquieſcat.

V.

Ad hanc poſſeſſionem adquirendam longo tempore opus non eſt.

In definitione Gribneriana ſupra commemorata verba illa: *neque aut poſſeſſio aut prohibitio aliena;* recte explicanda ſunt. Id largior facile, poſſeſſionem alienam, tametſi ultra ſeculum continuatam, nos ab exercitio rerum meræ facultatis non excludere. Verum, ſi prohibitio accedat, tunc res aliam prorſus faciem induit. Neque neceſſe eſt, ut poſt prohibitionem longiſſimum tempus effluxerit. Sed & ante biduum facta prohibitio, ſi prohibitus adquievit, id operatur, ut prohibens in poſſeſſione conſtitutus ſaltem, quamdiu iudicio poſſeſſorio contenditur, victoriam reportet. Rem exemplo illuſtrabimus. Gens quædam illuſtris in Franconia vicum poſſidet, eiusque incolas, ne vinum alibi, quam apud inſtitorem ſuum, emant, cogere vult. Contradicentibus incolis, quum gens illa diuturnam litem metueret, breviore via ſe optatis potituram ſperat, ſi poſſeſſorio iudicio experiatur. Porrigit itaque principi libellum, atque in eo, inſtitorem ſuum hucusque ius vinum incolis vendendi poſſediſſe, nunc vero in ea poſſeſſione turbari, narrat, eumque porro in iſta poſſeſſione defendi, petit. Poſt aliquot diſputationes acta menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CC XXVII. ad nos mittuntur, qui ante omnia de poſſeſſione, &, num actores illam inſtitori ſuo juſte tribuerent, ſoliciti fuimus. Emtio nempe vini ſine dubio actus meræ facultatis eſt, qui ubicunque ex arbitrio emtoris exerceri poteſt. Hoc ſolum ergo, quod quis diu apud aliquem vina ſua comparavit, venditori huic ius nullum, & nec

Digitized by Google

possessionem quidem, tribuit. Possessio in rebus meræ facultatis incipit demum ex eo tempore, quo quis alterum, ne iure communi utatur, prohibuit, isque in hac prohibitione adquievit. Si hoc apparuisset ex actis, litem sine dubio secundum actores dedissemus. Verum ex actis de alia prohibitione non constabat, quam de ea, quæ paulo ante litem motam facta erat, & quæ, quum incolæ ei parere detrectassent, causam controversiæ dederat. Ista prohibitio non poterat actoribus possessionem adquirere, sed magis turbatio erat, atque adeo incolis interdictum uti possidetis dabat, non prohibentibus, per claram *L.* 8. §. 5. *Si servitus vindicetur.* Ergo pro incolis iudicatum fuit ex his rationibus: Die Haupt-Sache betreffende, so beschweren sich die Herren Appellanten vornemlich darüber, daß Appellaten in dem Besitze den Wein, woher sie wollen, zu nehmen geschützet, und mit der ihnen dieserhalb dictirten Strafe verschonet worden; und führen statt der Gravaminum an, es habe die Gemeinde dem Schuldheissen die Possession in dem gehaltenen Verhöre zugestanden, der Schuldheiß hingegen der Gemeinde solche im geringsten nicht eingeräumet. Alldieweil aber die Possession des Schuldheissens nicht den geringsten Grund hat, gestalt in den ganzen Acten kein einiger actus possessorius eines Zwang-Rechtes angeführet wird, sondern die Gemeine weiter nichts zugestehet, als, sie hätten zuweilen Wein von dem Schuldheissen genommen; So ist in voriger Instanz wohl gesprochen, und müssen die Herren von Riedesel wegen ihrer nichtigen Gravaminum alle Schäden und Unkosten erstatten.

VI.

Res meræ facultatis solo non usu non exstinguuntur, quamvis longissimum & immemoriale tempus accesserit.

Missa possessione, ius ipsum, quod circa res meræ facultatis competit, considerabimus. Hoc in eo maxime con-

consistit, quod libertas iis utendi solo non usu, etsi diutissimo, cuiuscunque temporis præscriptione haud exstinguatur. Non erat necesse, ad ius civile hic confugere. Ipsa naturalis ratio, quæ in rebus meræ facultatis liberum cuilibet arbitrium iis, quomodo ac quando visum fuerit, utendi permittit, dictat etiam, hoc arbitrium hancque libertatem nemini sine facto consensuve suo auferri posse. ICti tamen veteres, qui sine lege loqui erubescebant, varias hinc inde conquisiverunt leges, quibus regulam supra memoratam firmarent. Nulla ex his satisfacit ex asse, nulla clare & generaliter de rebus meræ facultatis agit, ut adeo recte *Busius Controv. ad Instit. disp.* 6. §. 13. dixerit, res meræ facultatis nec nomen nec formam in iure habere. Argumentum etiam, quod ex plerisque istarum legum trahitur, tam subtile est, ut oculos meos fallat. Certe, quomodo *lex* 6. *de Servit. præd. urb. lex* 8. §. 5. *Si servitus vindicetur*, *lex* 18. §. 2. *Quemadmodum serv. amitt. lex* 2. §. 9. *Ne quid in loco publ. lex.* 9. *C. de Servitutibus*, quæ vulgo allegantur, huc trahi queant, non perspicio. Agnoscit idem *Gribnerus* §. 19. solamque *legem* 2. *de Via publica*, in qua Iavolenus populum viam publicam non utendo amittere non posse dicit, seligit, quæ etsi exigui, alicuius tamen momenti sit. Ego vero huic *legi* 2. adiungo *legem* 45. *de Vsurpationibus*, quam etiam fortiorem esse puto, & a Gribnero omissam miror, in qua sic Papinianus: *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca iuris gentium publica concedi non solet, quod ita procedit: si quis ædificio funditus diruto, quod in litore posuerat, aut dereliquerat ædificium, alterius postea eodem loco exstructo occupantis datam exceptionem opponat, vel si quis, quod in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure probibeat.* Verba huius legis obscura sunt, & fortassis in describendo corrupta, sed sensus planus, quem sic optime exponit *Accursius*

Digitized by Google

cursius in Glossa ad h. L. Si Titius faciat domum in litore maris, & possedit eam longo tempore: tandem postea destructa est: si alius velit ibi ædificare, bene potest: Nec Titius poterit impedire, dicens, quod præscripsit: quia non est verum. Idem si Titius piscatus fuit longo tempore in quodam loco fluminis, nam non poterit præscribere, nec prohibere alium, quo minus possit piscari. Nec præscriptio immemorialis hic attenditur. Recte idem *Accursius in Glossa ad L.* 10. *de servit. præd. urb. lit. g. Si per mille millia annorum in areola mea, quæ iuxta tuum palatium fuit, non ædificavi: non tamen possum prohiberi.*

VII.

Res meræ facultatis ordinaria etiam præscriptione amittuntur tunc, quum prohibitio non usum præcessit.

Eo progrediuntur nonnulli, ut præscriptionem nulla ratione in rebus meræ facultatis admittant, & prohibitionem quoque, quæ non usum præcessit, haud attendant. Ita sentit *Bachovius ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 22. §. 3. *lit. I.* At ego cum plerisque credo, res meræ facultatis non usu & præscriptione ordinaria exstingui, si adversarius simul libertatem usuceperit, quemadmodum Caius in *l.* 6. *pr. de Servit. præd. urb.* loquitur, id est, dominum exercere ius suum volentem prohibuerit, dominus vero in ea prohibitione per longum tempus adquieverit. Adde *Bergeri Oecomomiam iuris lib.* 2. *tit.* 2. §. 22. *n.* 1.

VIII.

Ius coquendi cerevisiam, quatenus per leges & consuetudines non est restrictum, est res meræ facultatis, & non usu non amittitur.

IX.

In iis locis, in quibus commercium cerevisiarum est restrictum, hi, qui illud habent, sed per triginta annos non exercuerunt, id perdunt.

Lis

Digitized by Google

Lis est inter ICtos, utrum ius coquendi cerevisiam sit res meræ facultatis. Ait *Lynckerus in Analectis ad Struvii Syntagm. iuris civ. tit de Vsurpationibus* §. 22. colligitque inde, iuri braxandi non præscribi, si mihi commodum non sit, ea in domo meo uti, nisi possessio mihi per prohibitionem vel contradictionem interversa, & abhinc tempus præscriptioni debitum completum fuerit. Contradicunt Lynckero *Schæpfferus de Iure braxandi P.* 3. *cap.* 2. *n.* 48. *sqq.* & *Wernherus in Conclusionibus forensibus Obs.* 108. Ego cum utraque parte sentio, atque, ius braxandi modo rem meræ facultatis esse, quæ non usu non amittatur, modo non esse rem meræ facultatis, sed non usu exstingui, credo Scilicet ius coquendæ in suum & familiæ suæ usum cerevisiæ æquitas naturalis unicuique permittit. Igitur nemini hoc denegandum est, ne quidem rusticis, ut recte docet *Tabor de Iure cerevisiæ P.* 1. *cap.* 2. §. 3. Refellit Taborem *Schæpferus de iure braxandi P.* 1. *c.* 4. *n.* 38. sed male. Taboris enim sententia, etsi ab electore Saxoniæ improbata, in iure tamen communi, quod solum spectavit Tabor, fundata est. Puto itaque, in iis terris, in quibus facultas cerevisiam ad privatum rei domesticæ usum coquendi sublata non est, eam adhuc & a nobilium & rusticorum prædiorum possessoribus impune exerceri. Neque aliud iure Saxonico communi & electorali antiquo obtinet, sicut *Heigius P.* 2. *quæst* 12. *n.* 8. ostendit. Hac libertate naturali si quis per mille annos abstinuerit, atque cerevisiam sibi necessariam semper ab aliis coemerit, hi tamen, qui illam ei vendiderunt huc usque, frustra intercedent, si deinde malit omissa facultate uti, atque cerevisiam sibi ipsi coquere. Ipsum porro commercium cerevisiarum, sicubi adhuc liberum est, neque per leges & consuetudines restrictum, inter res meræ facultatis referri debet, atque unicuique, etsi id antea nunquam in ædibus exercuerit, patet.

tet. Contra vero in iis locis, in quibus commercium cerevisiarum restrictum, civibusque facultas cerevisiam vendendi, nisi eam legitime obtinuerint, interdicta est, hi, quibus ea facultas indulta est, nequeunt eam pro re meræ facultatis venditare, quum potius iure privilegii competat. At privilegia, sicut & cetera iura, non usu amittuntur, *L. 1. de Nundinis*, & quidem, sicut in *Specim. CCCCLVII. de Præscript. XXX. ann. med.* 7. ostendi, lapsu XXX. annorum. Fac ergo, ius coquendi vendendique cerevisiam in civitate quadam certis domibus esse adscriptum, unius vero domus dominum id per longissimum tempus non exercuisse. Amisit facultatem suam utique. Sic mense Octobri anni CIƆ IƆ CC XIX. respondimus: Haben Adam Knie und Hans Rustenbeck wider die Brauer-Innung Klage angestellet, und ihren Häusern die Brau-Gerechtigkeit vindiciret, auch endlich beyfällige Urtheile, worinnen ihnen die Brau-Gerechtigkeit zuerkannt, und die Innung zu Erstattung der Unkosten, benebst den von Zeit der Krieges-Befestigung an entrathenen Brauen, condemniret worden, erhalten, wogegen die von der Innung eingewendete remedia suspensiva kein Gehör finden wollen, sondern die Innung bereits auf 223. Reichs-Thaler Schäden exequiret ist; Wannenhero gedachte Innung zu wissen verlanget, ob sie nicht mit Bestand Rechtens restitutionem in integrum wider Knien und Rustenbecken suchen könne. Weil nun darinnen eine merkliche Læsion vorhanden, daß die Urthelsfassere die von der Innung vorgeschützte, und in den gemeinen Rechten gegründete exceptionem non usus und præscriptionis übergangen; So ist die beklagte Innung wohl befugt, restitutionem in integrum zu suchen.

X.

Ius cogendi & prohibendi, actibus meræ facultatis contrarium, est odiosum atque adeo restringendum.

XI.

Digitized b

XI.

Tunc tamen, quum boni publici causa introductum est, pro favorabili habetur, atque interpretationem extensivam admittit.

Inter actus meræ facultatis referendum est sine dubio ius emendi cerevisiam, ubi quisque velit. Huic contrarium est ius cogendi, ut cerevisia non nisi apud nos coematur. Quod ius nemo habet, nisi per privilegium legitime impetravit. In iis tamen provinciis, quæ prisco iure Saxonico utuntur, civitates omnes iure hoc cogendi intra proximum milliare gaudent. Ita *Speculator lib.* 3. *art.* 66. **Man mag keinen Markt bauen dem andern auf ein Meil zu nahe;** quæ verba sic explicat *Glossator lit. a. Intellige tex. hic in verbo:* **Markt, von allerley Bürgerlicher Handthierung, welche den Städten zuständig sind.** Id ius cogendi sitne odiosum an favorabile, restringendum an extendendum magis, disputatum aliquando recordor in collegio ICtorum Vitembergensium. Equidem omnia iura libertati naturali contraria odiosa habentur, videturque in iis locum habere, quod Pomponius in *L.* 20. *de Regulis iuris* ait: *quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.* Ipsi quoque Saxones apud *Bergerum in Electis processus possessorii* §. 13. ius istud cerevisiarum aliquando stricte interpretantur, atque de ea saltem cerevisia, quæ commercii causa, **zum Verschenken,** emitur, intelligunt, contra vero ad sui & familiæ suæ usum cerevisiam etiam extra milliare coemere permittunt. Sed pervicit sententia, ius istud cogendi in gratiam civitatum introductum favorabile esse, quod reipublicæ intersit, commercia civitatum florere. Quare, quum quæreretur, an ius istud cogendi ad eam quoque cerevisiam, quæ in nuptiis epulisque aliis solemnibus potaretur, pertineret, aiendo responsum fuit mense Decembri anni CIↃ IↃ CCIX. **Haben der Rath und Brauerschaft zu Geithayn in dem wider die Gemein-**

de

de zu Oberfrankenhayn angestellten Processe folgendes Urthel: Daß Beklagte kein ander Bier, als Geitnisches, auf Hochzeiten, Kind-Taufen ꝛc. einzuschroten und zu verschenken schuldig; erhalten, dagegen die Oberfrankenhaynische Gemeinde appelliret, und so viel, daß der von Klägern geführte Beweis nicht zulänglich, beyzubringen verhoffet; wannenhero der Herr, ob klagender Rath und Brauerschaft den Grund ihrer Klage durch die von ihnen producirte und in Abschrift beygelegte Briefschaften dargethan, zu wissen verlanget. Ob nun gleich das von Herzog Georgen ertheilte Privilegium sub A. welches den in der Meile belegenen fremdes Bier zu schenken verbietet, ganz nicht von Einlegung des Ehren-Biers, davon doch hier bloß allein die Frage ist, handelt, hiernächst der sub B. befindliche Abschied, welcher den Beklagten das fremde Bier-Einlegen schiechterdinges untersaget, dessen Meynung nach, nur vom Bier-Einlegen auf den Kauf zu verstehen ist, ferner die Inhibition und Urthel sub I. K. welche ebenfalls den Oberfrankenhaynern, sich des fremden Bierholens gänzlich zu enthalten, anbefohlen, bey dieser Gelegenheit, daß Hans Jeniche sich, fremd Bier einzulegen und zu verzapfen, unterstanden, ertheilet worden, also bloß auf diesen casum zu restringiren, keinesweges aber auf das Ehren-Bier, so damals nicht in lite gewesen, zu erstrecken seynd. Dennoch aber und dieweil das vermöge der gemeinen Sächsischen Rechte den Städten zustehende ius cogendi & prohibendi cerevisiarium, welches noch zum Ueberfluß der Stadt Geithayn von Herzog Georgen in einem absonderlichen Privilegio bekräftiget worden, zur Aufnahme und Erhaltung der Bürgerschaft und Städte gereichet, demnach höchst favorable, auch mehr zu extendiren als zu restringiren ist, also zwar nicht auf den täglichen Tisch- und Haus-Trunk, welchen auch von andern Orten zu holen frey stehet, wohl aber auf das bey Hochzeiten, Kindtaufen, Ehe-Verlöbnissen, Kirchen-Rechnungen, gemeinen und andern Gelagen nöthige Bier gezogen, vide *Resol. Grav. El. Sax. tit. Iustitien-Sachen* §. 118. ubi inter abusus iuribus & commerciis

ciis civitatum maxime nocivos recensetur, die Dorf-Schenken belegen, bey vorgehenden Hochzeiten und Kind-Taufen denen Bauren ums Geld überlassen, und also denen Städten ihre zustehende Nahrung hindern, schmählern und meistentheils entziehen; und das in dem Abschied sub B. befindliche Wort: einlegen; gar wohl von gegenwärtigem streitigem Casu verstanden werden mag; so erscheinet dannenhero so viel, daß der Rath und Brauerschaft zu Gaithayn den Grund ihrer Klage durch die von ihnen producirte Briefschaften zur Gnüge dargethan.

XII.

Ius suffragii in comitiis Germanicis tempore Taciti fuit res meræ facultatis, sed hodie privilegium & ius singulare est.

Acerrima disputatio est, an ius comparendi & suffragium ferendi in comitiis imperii Germanici non utendo amittatur. Negant id *Ludewigius de Iure suffragii regis Bohemiæ*, quod scriptum inter *Opuscula* eius *in tomo II. lib. I. quintum decimum* est, & *Gribnerus de Iure suffragandi usu intermisso non pereunte*, quæ *dissertatio in tomo IV. Opusculorum* eius *sectionem IV.* occupat. Ego quæstionem ipsam, quæ sublimioris fori est, non decido, & attingere vix audeo. Id saltem dico, argumentum, quod Ludewigius Gribnerusque a rebus meræ facultatis desumunt, nihil ponderis eorum sententiæ addere, sed nocere magis. Neque enim ius suffragii in comitiis Germanicis hodie res meræ facultatis est. Res meræ facultatis, ut supra dictum, ex iure vel omnium hominum vel omnium civium communi pendent. Et tale quidem olim ius comparendi in comitiis fuit, quum, teste *Tacito de moribus Germanorum cap. II.* de rebus maioribus omnes consultarent, & negotiorum graviorum arbitrium penes plebem esset. Sed hæc comitiorum facies diu iam mutationem passa est, atque hodie non

omnes, ſed proceres ſaltem comparent. Quin ne proceres quidem omnes admittuntur. Nam nobiles immediati, quamvis etiam inter proceres ſint, excluduntur tamen, &, quamvis ſuperiore ſeculo anxie, ut reciperentur, laborarint, & enixe ab Anshelmo Franciſco, electore Moguntino, iuvarentur, obtinere tamen nihil potuerunt, ſicut ex actis, quæ *Lunigius tomo IV.* der teutſchen Reichs-Canzley inſeruit, patet. Vnde manifeſtum eſt, ius hoc ſuffragii non eſſe rem meræ facultatis, ſed ex privilegio & iure ſingulari proficiſci. Accedit aliud. Res meræ facultatis ita comparatæ eſſe debent, ut poſſeſſio aliena nos ab earum exercitio excludere nequeat. At ius ſuffragii, ſi quis alius id occupavit, hac poſſeſſione interverti, ipſi non negant *Ludewigius cap.* 3. §. 4. *lit. K.* & *Gribnerus* §. 27. addunt ſaltem, eorum, pro quibus ipſi pugnant, ius ab alio uſurpatum hucusque non fuiſſe.

XIII.

Aedes ſuas altius tollere & ad cælum usque ædificare, iure naturæ eſt res meræ facultatis, ſed non iure Romano.

XIV.

Iure Romano nemo poteſt cum incommodo vicinorum veterem ædium ſuarum formam mutare, aut easdem ultra conſuetam aliis altitudinem tollere.

XV.

Servitus altius tollendi explicatur.

Domum ſuam altius tollere, & usque ad cælum ædificare, res meræ facultatis eſt, ſi ius naturæ ſpectes, non item, ſi ius Romanum. Equidem in *L.* 26. *de Damno infecto* & in *L.* 8. & 9. *C. de Servitutibus & aqua* ædificia ſua altius tollere cuilibet permittitur. Sed iſta permiſſio in aliis legibus reſtringitur bifariam. Primum in *L.* 1. §. 17. *de Operis novi nunciatione* vetatur quid contra leges edictave principum,

cipum, quæ ad modum ædificiorum facta ſunt, fieri. Sed hæc reſtrictio nullam hodie utilitatem habere poteſt, poſtquam, quas leges quæve edicta Vlpianus intelligat, ignoramus. Scimus equidem ex *Suetonio in Auguſto cap.* 89. Rutilium, quem *Cicero* toties laudat, orationem de modo ædificiorum vel in ſenatu vel ad populum habuiſſe. Scimus etiam ex *Strabonis lib.* 5. Auguſtum conſtituiſſe, ne ædes altius pedes LXX. tollere liceret. Scimus porro ex *Taciti Annali XV. c.* 43. a Nerone cohibitam ædificiorum altitudinem. Scimus denique ex *Aurelio Victore*, Traianum ſtatuiſſe, ne domorum altitudo LX. pedes ſuperaret. Quarum conſtitutionum quum nulla corpori iuris inſerta ſit, ipſa quoque lex Vlpiani, quæ ad eas ſe refert, otioſa eſt. Altera vero reſtrictio plus momenti habet. Vlpianus ſcilicet in *L.* 11. *de Servitutibus prædiorum urban.* eum, qui contra commodum vicinorum ædificare vult, ſcire iubet, ſe formam ac ſtatum antiquorum ædificiorum cuſtodire debere. Et clarius adhuc in *L.* 1. *C. de ædificiis privatis* is, qui balneum exſtruere & ædificium ei ſuperponere deſiderat, modum uſitatum altitudinis excedere prohibetur. Adde *L.* 24. *de Servitut. prædior. urb.* in qua Paulus: *cuius*, ait, *ædificium iure ſuperius eſt, ei ius eſt, in infinito ſupra ſuum ædificium imponere, dum inferiora ædificia non graviore ſervitute oneret, quam pati debent.* Patet hinc, iure Romano non licere ædes, quas quis iam ante habuit, pro lubitu mutare altiusque tollere, ſiquidem vicini inde detrimentum ſentiant, ſed debere & priſtinam formam, quam ante ædes eius habuerunt, ſervare, & modum aliis uſitatum non egredi. Si quis igitur vetere forma non contentus ædes ſuas ſupra conſuetam altitudinem tollere cupiebat, is ſervitutem altius tollendi ſibi ſtipulari debebat. Poſitis his, facilis nunc erit definitio ſervitutis altius tollendi. Dici non poteſt, quantas hæc ſervitus hucusque diſputationes

excitarit. Aliqui eam plane in dubium vocarunt, &, servitutem altius non tollendi per errorem a Iustiniano altius tollendi nominari, crediderunt. At errare hos ipsos, atque habuisse Romanos servitutem altius tollendi a servitute altius non tollendi distinctam, satis ex *L. 2. pr. de Servit. præd. rust. L. 7. §. 1. Communia prædiorum* & *§. 2. I. de Actionibus* patet. Vidi hæc iam olim, ipsam tamen servitutis huius naturam non intellexi satis, quod persuasus essem, sicut a præceptoribus acceperam, iure Romano licuisse ad cælum usque sine omni servitute ædificare. Malui ergo in *Specimine CIX. de Actionibus confessoria & negatoria coroll. ult.* ubi de servitute altius tollendi agendum erat, definitionem omittere, quam me imparem huic oneri ostendere. Nunc vero, postquam intelligo, iure Romano licentiam ædificandi magnopere fuisse restrictam, servitutem altius tollendi sic describi posse puto, quod sit ius ædes suas cum incommodo vicinorum ultra veterem formam & usitatam aliis altitudinem extendendi.

XVI.

Ius, quod alicui ex contractu competit, non est res meræ facultatis.

XVII.

Igitur luitio pignoris & repetitio depositi huc male referuntur.

XVIII.

Actiones ergo pignoratitia & depositi sunt præscriptioni obnoxiæ.

XIX.

Cessat tamen præscriptio tunc, quum de initio contractus certo constat.

Communissima est opinio, luitionem pignoris seu oblationem pecuniæ, pro qua res mea obligata fuit, esse rem meræ facultatis. Sed falsa est, & refellitur optime a *Cocceio in dissert. de Rebus meræ facultatis §. 9. sqq.* ubi sic ait: *Falluntur D D. vulgo, quod, ius reluendi pignoris rem meræ facultatis esse, adeoque ei præscribi non posse, putant, cum sit*

Digitized by Google

ſit ex conventione pignoris, & ſcil. ipſa actio pignoratitia, cui non minus ac reliquis actionibus præſcribitur. Falluntur item, quod pro eo ius offerendi ſubſtituunt, cum oblatio pecuniæ non ſit ius, ſed modus neceſſarius, ſine quo ius reluendi exerceri non poteſt. Falluntur, quod actionem pignoratitiam non naſci putant ante oblationem debiti, cum confeſtim illa naſcatur ex pignore, quod pure contractum, nec oblatio illa magis impedit actionem, quam actionem emti, quæ nec ipſa intendi poteſt, niſi oblato pretio & tamen pura eſt obligatio, ſed ad quam requiritur oblatio pretii. Nempe quidquid ex contractu pendet, hoc ad iura omnibus communia referri nulla ratione poteſt. At luitio pignoris, vel, ut ab aliis appellatur, ius offerendi ſine dubio ex contractu pendet. Eadem eſt ratio in repetitione depoſiti. Hæc pari modo, ut luitio pignoris, ex contractu pendet, atque adeo, ſicut aliæ actiones ex contractu deſcendentes, præſcriptioni tricennali obnoxia eſt, *L. 3. C. de Præſcriptione XXX. vel XL. annor. L. 1. C. de Annali exceptione.* Et ſic tribunal Wolffenbüttelenſe iudicaſſe, in *Specimine CCCCLV. de bona fide, medit* 9. retuli. Actio quoque pignoratitia adverſus tertium poſſeſſorem, contra quem eam alias locum habere in *Specimine CLV. de Pignoratitia actione, medit.* 5. luce clarius oſtendi, poſt præſcriptionis tempora completa inſtitui nequit, fatente *Carpzovio P. 2. C. 1. def. 4.* Excipio caſum, quando ipſe creditor pignoratitius vel depoſitarius pignus vel depoſitum tenent, atque convinci poſſunt, rem olim iure pignoris ad eos perveniſſe. Tunc illi ſcilicet poſſeſſionis ſuæ titulum ipſi mutare nequeunt, ſed etiam poſt XL. & C. annorum decurſum tanquam creditores & depoſitarii poſſident, atque idem iuris erit, quod in conductore, qui, quamdiu conductionis titulus probari poteſt, nulla præſcriptione dominium adquirit, *L. 2. C. de Præſcriptione XXX. vel XL. ann.* Sic menſe Februario anni CIↃ IↃ CC XXVII.

 iudica-

iudicavimus: Würden Beklagte den ihnen darüber, wie sie nicht wissen, daß das Land ihren Vorfahren ehemals vor 100. Thaler versetzt worden, deferirten Eyd nach vorgehenden des Klägers Eyd vor Gefehrde abschweren, immassen ihnen zu thun oblieget; so wird der den 7. Iun. 1726. gegebene Bescheid billig bestätiget, jedoch werden die durch die Leuterung verursachte Unkosten gegen einander aufgehoben. V. R. W. Rat. dec. Da Beklagte das streitige Land, wenn man auch die vorige Zeit nicht rechnet, seit anno 1670. ruhig besessen, so fallen Klägers sämmtliche Gravamina wider den gegebenen Regierungs-Bescheid auf einmal über den Haufen, und bleibet nur das einige übrig, daß Beklagte ihr Gewissen darüber, ob das Land ihren Vorfahren nicht versetzet worden, zu eröfnen sich nicht entbrechen können. Denn, wenn sie dieses zugestehen, so kömmt ihnen auch ein tausendjähriger Besitz nicht zu statten, nachdem ein Pfand-Inhaber zu aller Zeit das Pfand gegen Zurück-Empfahung seines darauf geliehenen Geldes wieder abtreten muß.

XX.

Res meræ facultatis est, sacris in vicina ecclesia uti, quando ecclesia loci, in quo vivimus, diversam a nostra religionem fovet.

In *tabulis pacis Osn. art.* 5. §. 34. permittitur civibus catholicis evangelicisve in provincia, quæ diversam a sua religionem profitetur, habitantibus, etsi anno millesimo sexcentesimo vigesimo quarto publicum vel etiam privatum religionis suæ exercitium nulla anni parte habuerint, in vicinia, ubi & quoties voluerint, publico religionis suæ exercitio interesse. Publico vero religionis exercitio interesse, nihil aliud est, quam sacris uti, &, præter frequentationem ordinariorum conventuum, etiam baptismum infantum, iusta funebria & reliqua, quæ ad iura stolæ referuntur, complectitur, ut recte sentit *Hemminges in Commentat. ad istum §. liter. I.* Hæc ergo religionem suam in vicinia exercendi facultas, commune omnium civium Ger-

Germanorum ius, atque adeo res meræ facultatis eſt, neque præſcriptioni obnoxia. Agnovere hoc ICti Vitembergenſes olim apud *Zieglerum de Iuribus maieſtatis lib.* 1. *c.* 14. §. 4. atque reſponderunt, poſſe ruſticum Auguſtanæ confeſſioni addictum, ſed in pago catholico habitantem, liberos ſuos ad vicinam eccleſiam evangelicam baptizandos deferre, quamvis ipſe maioresque eius ſemper ſacris in eccleſia catholica eius pagi uſi fuerint, nec unquam baptiſmum alibi adhibuerint. Ita quidem tunc ſenſerunt Vitembergenſes, ſed hoc ſeculo mutaſſe ſententiam viſi ſunt in caſu ſimillimo, quo catholici eandem libertatem poſcebant. Nempe cœnobium catholicum eſt in ſuburbio Magdeburgenſi divæ Agneti ſacrum. Id publico religionis exercitio gaudet. Incolæ ergo ſuburbii aliique vicini quotquot pontificis Romani caſtra ſequuntur, in templo eius cœnobii ſacros ſermones audiunt, liberos baptizari & matrimonio conſecrari curant. Animadvertit hoc collegium ſacerdotum evangelicorum, &, lucra ſua ſic accidi indigne ferens, agit contra cœnobium, negatque, ei ius eſſe incolas ſuburbii ad ſacra ſua admittendi. Conſulti ICti Vitembergenſes litem ſecundum ſacerdotes dederunt: Daß das Closter dergleichen Actus miniſteriales bey Catholiſchen Bürgern nicht exerciren könne, wenn es nicht beybrächte, daß es ſolche im Jahr 1624. exerciret. Leuterat cœnobium, actaque menſe Novembri anni CIϽ IϽ CC XVII. ad ICtos Helmſtadienſes feruntur, qui relicta nova, veterem Vitembergenſium opinionem amplexi ſunt, atque uſum ſacrorum in eccleſia catholica rem meræ facultatis eſſe neminique interdici poſſe iudicarunt.

XXI.

Gladio palliove uti res meræ facultatis eſt.

Equidem res veſtiaria ſimpliciter ad res meræ facultatis referri nequit, quum ea legibus plerorumque locorum, quin imo univerſali Imperii noſtri iure, inprimis in *reformat. polit.*

polit. de anno 1548. & 1577. valde ſit circumſcripta. In iis tamen, de quibus conſtitutum nihil eſt, liberum adhuc hodie arbitrium cuilibet permittitur. Huc refero gladii palliive uſum. Olim nempe pallium fere unice, atque etiam a militibus, geſtabatur. Gladius in templis, conventionibus publicis, curiis, tribunalibus nunquam fere conſpiciebatur. Is demum ſeculo ſuperiore frequens factus eſt, ſed paulatim ſaltem. Noſtra tandem ætate eo ventum, ut in publico comparere, niſi gladio adcinctus, nemo velit. Ea res ab initio multoties turbas dedit. Iubent adhuc ſacerdotes nonnulli eos, quos enſe cinctos ad altare vel baptiſterium accedere vident, ferrum ponere. Et in hac academia Iulia ante viginti circiter annos profeſſor quidam ad concilium vocatus noluit ſuffragium ferre, quod collegam quendam ſine pallio adſidere cerneret nefasque duceret. Gorlitii in Luſatia hæc lis etiam in iudicium deducta eſt. Hucusque advocati ibi ſemper pallio induti cauſas orarant. Pertæſus tandem eius moris quidam Licentiatus iuris, enſe lateri alligato in curiam venerat. Percitus ad hunc adſpectum horrore ſenatus iubet hominem e veſtigio abire. Quod dum ille detrectat, controverſia naſcitur Amphictyonum conſeſſu digna, in qua pro gladio iudicarunt ICti Vitembergenſes: Daß der Rath und Stadt-Gerichte zu Görlitz, den Doctoribus und Licentiatis beym Vortrage ihrer Clienten Nothdurft vor Gerichte geſtalten Sachen nach den Degen zu verbieten, nicht befugt. Præcipua, & ut verum dicam, unica ratio fuit, quod gladium palliumve geſtare res meræ facultatis ſit, atque adeo non uſu non intercidat. Additæ tamen ſunt de more aliæ rationes, e. g. quod advocati in *L.* 14. *C. de Advocat. diverſ. iud.* militibus æquiparentur, & quod advocatis ſplendidior nec abhorens ab aliorum honeſtiorum amictu veſtitus multum proſit, quoniam ſecundum *Iuvenalem in Satyra* 7.

---*pur-*

Digitized by Google

--- purpura vendit
Causidicum, vendunt amethystina, convenit illis
Et strepitu & facie maiorem vivere, census
Vt redeant veteres. Ciceroni nemo ducentos
Nunc dederit numos, nisi fulserit annulus ingens.

XXII.

Piscatio in flumine publico iure Romano & adhuc in aliquibus locis res meræ facultatis est.

Res meræ facultatis est, piscari in flumine publico, ubi hoc principi non est adscriptum, neque constitutio Friderici in 2. F. 56. quæ piscationum reditus inter regalia refert, usu recepta. Si quis ergo ibi in diverticulo fluminis solus per longum tempus piscatus est, alios excludere nequit, *L.* 45. *pr. de Vsurpationibus.* Quæ obstare videtur, *lex* 7. *de Diversis temporalibus præscriptionibus* secundum analogiam iuris explicanda est de casu, quo quis non piscatus est solum, sed & alios in eodem diverticulo piscari volentes prohibuit, prohibitique per longum tempus adquieverunt. Hæc prohibitio enim quasi publice facta etiam ceteros, qui piscationem non tentarunt, excludit.

XXIII.

Molendino uti, res meræ facultatis est.

XXIV.

Mandatum magistratus sine causæ cognitione datum vires rei iudicatæ non consequitur.

XXV.

Tale mandatum nec possessionem quidem libertatis naturalis intervertit.

Visitare molendina, ut *Mevii* verbis *in Part.* 1. *decis.* 60. utar, actus meræ facultatis est, in quo per naturalem libertatem cuique relictum est, quod expedire videtur ac placet, ideo nec per nudam visitationem molendini alicuius continuam, etsi per aliquot secula continuatam, præ-

ſcribitur contra libertatem, nec prohiberi poteſt a domino, ne ſubditi ſui eant ad aliud quoddam molendinum. Deficit enim ius reſtringendi eam libertatem, niſi accedit cauſa, per quam tale ius prohibendi legitime quæſitum ſit, veluti ſi aut lege publica provinciæ vel civitatis ſic conſtitutum, vel conſuetudine inveterata introductum, vel conventione ſic complacitum, vel præſcriptione longiſſimi temporis ius prohibendi adquiſitum, vel denique ex iniuria atque malitia ius coercendi præbitum. Facere id ius regum ſeu imperii, ut ſubditi in molendinis dominorum molere cogantur, alienum eſt & a iure communi, quod nnnquam inter regalia ſeu imperii iura id retulit, & a conſuetudine Germaniæ generali, & a moribus provinciæ ſpecialibus, & a ratione, quæ nec ſuperioribus permittit coercitionem ſine delicto, aut coactionem ſine iure, aut coarctationem libertatis ſine neceſſitate reipublicæ. Non illud pertingit ius imperii, ut lucri cuiusdam gratia liceat ſubditis libertatem auferre, nec fides & obſequium ſuperiori debitum, ut non liceat libertate uti. Adde *Kœppen Quæſtion. illuſtr.* 19. Tentant tamen ſæpe nobiles & magiſtratus civitatum hominibus ſibi ſubiectis hoc onus, ut non niſi in ſuis molendinis molant, imponere, atque id eis ſine omni cauſa mandant. Iſtiusmodi mandata, quanquam iniuſta, ſæpe tamen effectum ſortiuntur, dum prohibiti tædio litis adquieſcunt & ſic imprudentes ora capiſtro porrigunt. Debebant vel expreſſe, vel tamen facto ipſo contradicere, & libertatem naturalem porro exercere. Sic enim infirmantur mandata & inhibitiones, ut pro nullis reputentur, & nec poſſeſſionem quidem in mandantes & prohibentes transferant. Memorabo exemplum. Magiſtratus quidam oppidanus civibus ſuis, ne extra oppidum molerent, interdixerat. Appellarant ab hoc interdicto vicini molendini poſſeſſores, ſed appellationem deſerue-

ſeruerant, continuarant tamen nihilominus cives cum frumento ad ſe recipere. Interiectis viginti annis, fiſci oppidani procurator contra hos poſſeſſores agit, eisque ius frumenta civium in molendino ſuo molendi eſſe negat. His libertate naturali ſe tuentibus procurator fiſci interdictum opponit, idque vires rei iudicatæ, deſerta appellatione, accepiſſe ait. Actis ad nos menſe Februario anni CIↃ IↃ CC XXV. perlatis, poſſeſſores molendini in poſſeſſione libertatis naturalis conſervavimus & fiſci procuratorem ius ſuum probare iuſſimus. Potiſſimam decidendi rationem in *L. 5. C. Comminationes, epiſtolas, programmata* collocavimus, in qua ſic Gordianus: *Iudex, qui diſceptationi locum dederat, partium allegationes audire & examinare debuit; nam ſubſcriptionem ad libellum datam talem, quæ diverſam partem in poſſeſſionem fundi mitteret, vicem rei iudicatæ non obtinere, non ambigitur.* Sed adnectam ipſam ſententiam noſtram: In Sachen Syndici der Cämmerey zu Duderſtadt, Klägers an einem, wider die Beſitzer der Müngeröder Mühlen, Beklagte am andern Theil, erkennet der Rath zu Duderſtadt ꝛc. Daß Kläger ſein ius prohibendi binnen 4. Wochen zu erweiſen ſchüldig, und Beklagten inzwiſchen die Abholung der Früchte aus Duderſtadt zu vergönnen ſey. V. R. W. Rat. dec. Die natürliche Freyheit verſtattet einem jeden, ſein Korn auf einer Mühlen, welche ihm beliebet, mahlen zu laſſen. Und nach eben derſelben kann auch ein Müller die Früchte zu mahlen allerwegen, wo er ſie kriegen kann, abholen. Dieſemnach muß derjenige, welcher ſolches hindern will, erweiſen, daß er ein ius prohibendi entweder ex privilegio principis oder ex præſcriptione, da er nemlich einmalen dergleichen actum inhibiret, und der andere darauf in Rechts-verwehrter Zeit adquieſciret, erlanget. Keines von beyden hat Kläger dargethan, ſondern berufet ſich nur auf ein Mandatum inhibitorium E. E. Raths vom 19. Septembr. 1704. und meynet, es ſey ſolches dadurch, daß Beklagte ihre dagegen eingewandte Ap-

Digitized by Google

pellation nicht fortgesetzet, in Kraft Rechtens erschossen. Alldieweil aber aus dem bey der Replic liegenden Mandat selbst erhellet, daß solches ohne vorhergehender der Sachen Untersuchung auf einseitige Vorstellung des Raths-Müllers ertheilet worden, und denn dergleichen Mandata und Decreta, wenn auch dagegen gar nicht appelliret wird, doch keine Rechts-Kraft erlangen; So haben wir Beklagte billig in dem Besitze der natürlichen Freyheit geschützet.

XXVI.

Quando hi, quibus actus meræ facultatis interdicuntur, adquiescunt, alii tamen, quorum interest, illis naturalem libertatem relinqui, recte intercedunt.

Ait *Mevius P. 1. dec. 61.* tunc, quum cives in exercitio actuum meræ facultatis per prohibitiones & mandata turbantur, etsi ipsi adquiescant, posse tamen magistratus eorum intercedere, atque appellando aut aliis legitimis modis præiudicium avertere. Ego, tantum abest, ut hoc in dubium vocem, ut etiam longius progrediar, atque non soli magistratui, verum cuilibet, cuius interest, cives non prohiberi, ius intercedendi adscribam. Libertati enim favere nemo prohibetur, *L. 3. §. 9. de Homine libero exhib.* ergo multo minus ille, cuius interest. Vide inprimis *L. 4. §. 2. de Appellationibus*, ubi alii etiam, quam qui in sententia nominatus est, appellare permittitur, si eius intersit. Exemplum luculentissimum commemoravi in *Specimine CIX. de Actionibus confessoria & negatoria, medit.* 4. Aliud habet *Rauchbar. P. 1. quæst* 26.

XXVII.

Merces quaslibet vendere, res meræ facultatis est.

Res meræ facultatis est, merces quaslibet vendere. Per hoc ergo, quod quis per centum annos & immemoriale quoque tempus genus quoddam mercium solus vendidit, alii ab earundem mercium venditione non excluduntur, *L. 45. de Usurpationibus.* Nec aliud dicendum est, etsi

ſi collegium tale commercium huc usque ſolum exercuerit. Nam & collegia hac in parte nihil ſingulare habent, ſed iure ſimplicium perſonarum cenſentur. Exempla habet *Mevius in P. 5. dec. 168. & 259.* Aliud nos commemoravimus in *Specimine CCLXXXVI. de Teſtibus negantibus, medit. 2.*

XXVIII.

Ius operarum ruſticarum non eſt res meræ facultatis, ſed præſcriptioni obnoxium.

XXIX.

Quousque præſcriptio in redemtione operarum ruſticarum locum habeat, diſquiritur.

Sunt nonnulli, qui operas ruſticas inter res meræ facultatis referunt, atque adeo nudo non uſu, etſi longiſſimi temporis, non amitti dicunt. At falluntur. Eadem eſt harum operarum ratio, quæ ſervitutum. Servitutes vero ex iure ſingulari debentur, atque præſcriptioni obnoxiæ ſunt, *L. 13. C. de Servitutibus*, ergo & operæ ruſticæ. Id quod pluribus oſtendi in *Specimine CCCCXX. de Interitu operarum ruſticarum medit 1.* Alia ratio eſt, quando de iure operarum ruſticarum indubie conſtat, dominus vero eas in natura, ut loquuntur, non exegit, ſed pecunia illas quotannis redimi a ruſticis paſſus eſt, atque hoc per plurimos annos continuavit. Fuit utique in libero domini arbitrio, vel operas ipſas exigere, vel pecuniam oblatam accipere. Per hoc ergo, quod pecuniam accepit, iuri operarum non renunciavit, ſed nihilominus, omiſſa pecunia, has flagitare poteſt, ad exemplum locatoris, qui, quamvis per mille annos locationem continuarit, atque uniformem quotannis mercedem receperit, repetere tamen fundum ſuum non prohibetur, *L. 7. C. de Præſcript. XXX. vel XL. annor. L. 8. C. de Vſufructu.* Huc pertinet ſententia a ICtis Vitembergenſibus menſe Septembri anni CIↃ IↃ CCXXX. nomine ſereniſſimi Iſenacenſium ducis exarata: Auf Läute-

Digitized by Google

rungs-Schrift, deren Prosecution und erfolgte Gesetze in Sachen Syndicen der Hintersiedler zu Lauchröden, Göhringen, Unter-Ellen und Sallmannshausen, Klägere an einem, Anwalden des Maior Rabl's von Herda, Beklagten andern Theils, erkennen 2c. Dieweil die Dienste, ihrem Ursprunge und Natur nach, nicht in Gelde, sondern würklich geleistet, und dadurch, daß sie zuweilen mit beyder Theile Bewilligung in Gelde bezahlet worden, ohne ausdrücklichen pacto nicht aufgehoben, noch in Geld verwandelt werden, sondern dennoch Dienste bleiben, und beyden Theilen frey stehet, solche wieder statt des Geldes zu fodern und zu leisten, allenfalls auch, und da eine Obligation vorhanden, solche doch nur alternative seyn, und die Wahl den Klägern, als Schuldnern, zustehen würde, diesemnach in einer solchen re meræ facultatis und iure negativo weder eine Verjährung noch Possession ohne vorhergehende Verweigerung und erfolgten Zwang statt finden kann, folglich die von Beklagten ad acta gelegte Bekänntnisse der Klägere, wenn sie auch durch Zwang-Mittel nicht erpresset wären, dennoch keine Possession des iuris cogendi, sondern nur, daß beyde Theile in selbigen Jahren Geld, ohne gänzliche Aufhebung der Dienste oder der alternativen Obligation, beliebet, erweisen, welches durch des Beklagten Geständniß in der Kriegesbefestigung auf den Anfang des Klage-Schreibens noch mehr bestärket wird, wozu ferner der favor libertatis, und daß in dubio die Dienste mehr einzuschränken als zu extendiren seynd, kommt; So erscheinet nunmehr aus den Acten und der Partheyen rechtlichem Einbringen so viel, daß Beklagter bis zu Endigung dieses Processes bey der Possess von Klägers Principaln statt der Dienste Geld zu fodern, nicht zu schützen. V. R. W. Plura hac de re dixi in *Specimine CCCCXIX. de Redemtione operarum rusticarum medit.* 4. Addidi tamen in *medit.* 5. non aliter hæc vera esse, quam si constet, ab initio operas ipsas præstitas fuisse. Quodsi autem pecunia ultra tempus, quod homi-

hominis memoriam excedit, soluta, nec quantitas eius unquam mutata fuit, tum vero cum *Richtero P. 2. Decis. 98. n.* 34. puto, præstationem hanc, quam Germani ein stehend Erbe-Dienst-Geld vocant, a domino mutari atque operas ipsas exigi non posse. Suadet hoc æquitas, poscit & præscriptionis immemorialis natura. Ex iisdem principiis consequitur, nec dominum pecuniam per immemoriale tempus præstitam augere posse. Vide *Constit. El. Sax.* 4. *Part.* 2.

XXX.

Eatenus tamen ius operarum rusticarum res meræ facultatis est, ut dominus eas plane derelinquere possit.

XXXI.

Rustici ergo dominum, ut operis ipsorum utatur, nec alios homines adhibeat, cogere nequeunt.

Ridicula & Domitiana prorsus lis videbitur, quam hic propono, ventilata tamen est aliquando. Proposuit mihi eam amicus Magdeburgensis per litteras hunc in modum: *Litigat cœnobium Altenbaldenslebiense cum cossatis suis in pago Altenbaldensleben degentibus. Hi conqueruntur de iniuria sibi a cœnobitis illata, cum proxime elapso messis tempore lucrum mercenarium sibi eripuissent, aliosque messores & mercenarios, qui in loco ab immunitate ecclesiastica nominato tuguriola habent, & intra quinquaginta demum annos ibi inædificarunt, ad demetendas colligendasque cœnobii fruges conduxissent. Vrgent rustici antiquam consuetudinem, maioribus suis a cœnobio curam desecandarum frugum, accepto pro opera decimo manipulo* (um die zehnte Garbe) *commissam esse, urgentque pro se inventarium cancellariæ Magdeburg. cuius excerptum*

ptum his adieci. *Extract* aus dem bey der Magdeburgischen Cantzley vorhandnem *Inventario* der Closter-Güter *de anno* 1561. *fol.* 44. Zu dem Closter Altenhaldensleben gehören in solchem Dorf 29. Cossaten, die jährlich alles Korn zum Closter und zum Vorwercke Glüsina einschneiden, Heu machen, und darüber ein jeder noch 3. Scheck Bund-Holtz hauen oder binden und Hopfen pflükken müssen. Vom Korn abschneiden verdienen sie die zehnte Garbe. Die Ackerleute müssen jährlich 2. Tage zu jeder Art pflügen, 2 Tage Mist fahren, 2 Tage Korn einführen, und 2 Holtzfuhren thun. Der Acker wird zweymal gewendet. *Vrgent deinde pactum superiori seculo cum cœnobitis ictum: atque ita hanc operam sibi eripi non posse, nisi sedibus suis migrare & aliorsum victum sibi tempore æstivo quærere debeant. Replicat cœnobium, olim secula* (mit der Siechel) *frumentum desecatum esse, maiusque se inde frumenti straminisque emolumentum cepisse docet, cossatos vero præsentes ex consuetudine, quæ iam invaluit, falce* (mit der Sense) *laborem quæsitum peragere velle, & tamen duodecimum manipulum pro mercede postulare, cum alii operarii præsto sint, qui decimo quarto manipulo contenti messis operas suscipiant, & præterea per tres dies gratis stramina relicta per stipulas colligant. Reponunt rustici, sibi ex pacto superioris seculi duodecimum manipulum pro desecatione, quæ per falcem* (Sense) *fit, competere, sibique præiudicio esse non posse, quod reperiantur, qui viliori mercede operas suas locant, atque ita ad demetendas cœnobii fruges se iterum admitti, a Potentissimo Rege nostro rogant. Quæritur autem, qualis actio rusticis his competat, & anne res per solam implorationem officii iudicis componenda, item anne rusticis quasi servitus parta sit.* Respondi: Auf die vorgelegte Frage melde mit wenigen, daß der übersandte Extract aus dem Magdeburgischen Cantzley-Inventario den Altenhaldenslebischen Cossaten kein Recht gebe, das Closter zu zwingen, sie die Cossaten nothwendig bey der Erndte zu gebrauchen.

chen. Es ist ja dieses sonder Zweifel eine res meræ facultatis, sein Korn, durch wen man will, einbringen zu lassen. Bey Errichtung des Inventarii ist die Intention wol nicht gewsen, dem Closter solche natürliche Freyheit zu nehmen, sondern vielmehr die dem Closter zustehende Dienste, und das, was dieses dafür geben müsse, zu beschreiben, welches das Wort müssen genugsam anzeigt. Quæ vero in favorem introducta sunt, non debent in odium detorqueri. In diesen Adelichen Dienst-Büchern stehet: Die Bauren müssen wöchentlich 2. Tage zu Hofe dienen, und kriegen dafür essen, ꝛc. Da würde es nun lächerlich heraus kommen, wenn die Bauren den Edelmann hindern wollten, die Dienste durch sein Gesinde oder durch Tagelöhner zu thun. Gleiche Bewandniß hat es vermuthlich mit dem pacto vorigen Seculi. Ist darinn den Bauren die 12te Garbe versprochen, so wird die Condition præsupponiret; wenn man ihrer Arbeit vonnöthen habe. Daß aber das Closter sich die Hände binden, seine natürliche Freyheit aufheben, und gleichsam eine æternam conductionem aus einem servitio rustico machen wollen, glaube ich nicht; wie wenn das Closter mehr Knechte annehmen, oder die Aecker gar verkaufen, oder zu Wiesenwachs liegen lassen wollte? das könnten ja die Bauren nicht wehren. Quod in responso meo de re meræ facultatis dixi, ad ipsum ius operarum rusticarum trahi non oportet, sed ad ius derelinquendi easdem. Scilicet res meræ facultatis est sine dubio, renunciare iuri suo, eoque non uti. Hoc itaque dominis etiam circa operas rusticorum licet.

XXXII.

Princeps per privilegium vel litteras investituræ libertatem naturalem tollere non debet.

XXXIII.

Si tamen id facit, parendum quidem est, curandum autem, ut istiusmodi privilegium commoda interpretatione vel emolliatur vel infirmetur.

Digitized by Google

Quum super rebus meræ facultatis litigatur, solent hi, qui ius prohibendi sibi arrogant, ad privilegium principis vel ad litteras investituræ provocare. Neutrum recte. Beneficia in nullius iniuriam tribui possunt, *L.* 4. *C. de Emancipationibus.* Et litteris investituræ iustissime opponitur, quod Paulus in *L.* 27. §. 4. *de Pactis* ait: animadvertendum est, ne conventio in alia re facta aut cum alia persona in alia re aliave persona noceat. Vide *Specimen meum CCLXXIV. de Instrumento contra tertium non probante meditat.* 1. Quodsi tamen, ut sæpe fit, princeps in privilegio expresse dixit, se libertatem naturalem tollere velle, tum iudicibus quidem & ICtis obsequii gloria relinquitur, *c.* 5. *X. de Rescriptis*, *c.* 28. §. 3. *X. de Officio & potestate iudicis delegati.* Licebit tamen iisdem, id privilegium, quousque in iniuriam aliorum tendit, commoda interpretatione emollire, aut etiam plane eludere & infirmare. Et sic iudicavimus mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XXVII. ex his rationibus: Es beschweren sich die Herren Appellanten vornemlich darüber, daß Appellaten in dem Besitze den Wein, woher sie wollen, zu nehmen geschützet und mit der ihnen dieserhalb dictirten Strafe verschonet worden, und führen statt der gravaminum an, es hätten Hoch-Fürstliche Durchlauchtigkeit in einem mit dem Geschlechte von Riedesel errichtetem Recesse ihnen verwilliget, den hergebrachten Bann-Wein vorzulegen. Alldieweil aber der zwischen Hoch-Fürstlicher Durchlauchtigkeit und dem Geschlechte von Riedesel errichtete Recess den Herren Appellanten kein neues Recht giebet, sondern nur enunciative den hergebrachten Bann Wein bestätiget, also in dem Fall, da keiner hergebracht ist, auch keinen bestätigen kann, zudem dieser Recess in Ansehung der Gemeinden res inter alios acta ist, bey welchen sie weder zugezogen noch mit ihrer Nothdurft gehöret worden, folglich nicht einmal zu vermuthen ist, daß Hochfürstliche Durchlauchtigkeit, deren Liebe zur Gerechtigkeit Welt-bekannt ist, sich mit dem Geschlechte

schlechte von Riedesel auf Kosten und Schaden ihrer armen Unterthanen vergleichen und den letztern neue onera aufbürden wollen; So ist in voriger Instanz wohl gesprochen, und müssen die Herren von Riedesel wegen ihrer nichtigen gravaminum alle Schäden und Unkosten erstatten.

XXXIV

Privilegium super re meræ facultatis impetratum, nisi expresse ius probibendi contineat, alios ab eiusdem usu non excludit.

XXXV.

Etiam tale privilegium, cui ius probibendi insertum, stricte interpretandum est.

Dixi *supra in* §. 27 merces quaslibet vendere, rem meræ facultatis esse. Solent tamen nonnunquam vel singuli vel integra etiam collegia privilegium, quo ipsis commercium certarum rerum attribuitur, principi extorquere, & ex hoc privilegio deinde alios ab earum rerum venditione arcere. Male. Ius enim prohibendi alios, nisi expresse privilegio inseratur, nunquam tacite subintelligitur, arg. *L.* 2. §. 16. *Ne quid in loco public.* Obiicietur forsan, tale privilegium, si ius prohibendi non subintelligas, inutile futurum, frustraneum autem factum in principe non præsumi. Ego vero malo frustraneum quid, quam civibus iniurium & libertati naturali contrarium in privilegio præsumere. Præterea tale privilegium eatenus saltem utile futurum est impetranti, ut, si quis deinde simile privilegium cum iure prohibendi obtineat, hoc tamen priori privilegio nocere non possit. Addam sententiam a ICtis Helmstadiensibus mense Iunio anni CIↃ IↃ CCXV. exaratam, ex cuius rationibus id porro patebit, tale quoque privilegium, cui ius prohibendi expresse insertum, strictissime interpretandum, nec ad consequentias trahendum esse: In Restitutions-Sachen der Brauer Zunft zu Stolpe, Klägern

 und

Digitized by Google

und Impretanten an einem, wider die Gewandschneider-Zunft daselbst, Beklagte und Impetraten am andern Theil, erkennet die Pommersche Regierung zu Stargard rc. Nunmehr aus den Acten und der Parthenen rechtlichem Einbringen so viel zu befinden, daß Klägeren, sich Kaufleute zu nennen, ingleichen mit Saltz, Hering, Stahl, Eisen, Flachs und Hanf zu handeln, frey stehe, immassen das am 8ten August. 1713. erdfnete fol. 128. befindliche Urthel dergestalt erkläret wird. V. R. W. Rat. dec. Die Frage, worauf es bey Entscheidung der Haupt-Sache vornemlich ankommt, bestehet darinnen, ob Beklagte einiges Recht haben, zu verbieten, daß Klägere sich weder Kaufleute nennen, noch mit den in unserem Urthel benennten Waaren handeln dörfen. Beklagte wollen ihr ius prohibendi aus ihrer Rolle, worinnen sie mit allerhand Kaufmannschaft bewidmet seynd, aus der Klägere Rolle, worinnen dergleichen nicht enthalten, und aus dem wider Daniel Bleibeln erhaltenen Iudicato behaupten. Alldieweil aber das in der Beklagten Rolle enthaltene Wort: allein; sattsam anzeiget, daß ihnen das ius prohibendi nur bey dem Gewandschnitte und Wollenkaufe, keinesweges aber bey andern Kaufmannschaften zustehen solle; Nam qui aliquid excipit & reservat, reliqua omnia concessisse videtur, arg. *L.* 12. §. 43. *de Instruct. vel instr. leg. Knichen de Vestitur. pact. P.* 2. *c.* 1. *n.* 113. *Beier in Advocato rerum opificialium perito c.* 14. §. 9. *n.* 395. hiernächst der Einwurf, daß in der Klägere Rolle von Kaufmannschaften gar nichts gedacht wird, den Beklagten, welche obangezogener massen kein ius prohibendi haben, nicht zu statten kommt, den Klägern aber, die in Ermangelung eines iuris prohibendi sich der natürlichen Freyheit bedienen und das commercium von unverbotenen Waaren exerciren, nicht schaden mag, dagegen das wider Bleibeln angeführte iudicatum in keine Betrachtung zu ziehen ist, als worinnen des Linnen-Handels, dessen Klägere sich nicht anmassen, gedacht wird; So sehen wir nicht, wie bey solchen Umständen

ständen den Klägern der Titel von Kaufleuten und der freye Handel mit den angegebenen Waaren untersaget werden könne.

XXXVI.

Formam fundi sui mutare, res meræ facultatis est.

XXXVII.

Igitur hæc mutatio etiam ei permittitur, in cuius prædio extraneus aliquod ius habet, siquidem ius hoc per eam non imminuatur.

XXXVIII.

Dominus sylvæ, in qua alter ius pascendi habet, arbores exscindere potest, terram arare non potest.

Sufficiet ad has theses illustrandas responsum a ICtis Helmstadiensibus mense Novembri anni CIϽ IϽ CCXXVI.. exaratum: Wird gefraget, ob der Herr Obriste berechtiget sey, ungeachtet dessen Unterthanen sich dawider auflehnen möchten, das Loder-Holtz abzuhauen und Land daraus zu machen. Nun giebt zwar der Herr Obriste vor, es sey ihm solche Macht in dem 12. §. des Vergleichs, welcher den Unterthanen freye Hütung in gedachtem Loder-Holtze verstattet, nicht genommen, und vielmehr tacite zugestanden. Weil aber den Unterthanen in dem 12. §. des Vergleichs die servitus pascendi in dem Loder-Holtze, wie sie schon vorher gehabt, bestätiget worden, und denn die Rechte ausdrücklich befehlen, daß der Herr des prædii servientis auf diesem prædio nichts zum Nachtheil der servitut thun solle, *L. 13. §. 1. de Servitutibus prædiorum rusticorum, L. 9. pr. Si servitus vindicetur*; wannenhero auch *Carpz. P. 2. Constit. 41. def. 1.* und andere bewehrte Rechts-Lehrer die dem iuri pascendi unterworfene Felder zu ackern untersagen, bey welcher Bewandniß nicht nöthig gewesen ist, dasjenige, was ex ipsa natura servitutum fliesset, in dem 12. §. ausdrücklich zu wiederholen, *L. 81. de Regulis iuris*; So ist zwar der Herr Obriste das Loder-Holtz abzuhauen, je-

Digitized by Google

dennoch keineswegs Land daraus zu machen, berechtiget. Vide *Constit. elect. Sax.* 41. *P.* 2.

XXXIX.

Res meræ facultatis est, sacerdotem & templi custodem ad convivium baptismale invitari.

Mittebantur mense Iulio anni CIↃIↃ CC XXXI. ad me acta, in quibus sacerdos, se convivio baptismali adhibitum non fuisse, querebatur, patremque ob iniuriam sibi per hoc factam puniri, & ad solvendam pro convivio pecuniam adigi petebat, & inprimis ad *Carpzovii* auctoritatem *in lib.* I. *definit. eccles.* 120. *sq.* provocabat. Hanc vero litem ego sic decidi: Weil die Einladung zum Kindtauf-Essen, der natürlichen Freyheit und den gemeinen Rechten nach, von eines jeden Willkühr dependiret, hiernächst daraus, daß jemand 50. und mehr Jahre her beständig zum Tauf-Essen aus Höflichkeit geladen worden, demselben, tanquam in re meræ facultatis, worinnen keine Verjährung statt findet, kein Recht erwächset, ferner diese natürliche Freyheit durch eine beständige widrige Gewohnheit nicht aufgehoben noch zu einer Schuldigkeit und Nothwendigkeit gemachet ist, gestalt dasjenige, was *Carpzovius Lib. I. definit. eccles.* 120. angeführet, von *Beyero ab h. l.* nicht bestätiget, und von *Hornio ad Schilteri Ius canonicum Lib.* 2. *tit.* 2. §. 28. auch *Wernhero in Principiis Iuris Ecclesiast. cap.* 5. §. 82. gänzlich in Zweifel gezogen wird; So wird Beklagter von angestellter Klage entbunden, jedoch die Gerichts- und decisiv-Kosten nebst Klägern in gleichen Theilen zu bezahlen angehalten. Uebrigens stehet Klägern frey, daferne er ein ihm dießfalls gegen die gantze Gemeinde zustehendes und seinem Amte anklebendes Recht zu haben vermeynet, solches bey dem geistlichen Consistorio auszuführen. Adde *coroll.* 3.

COROL-

Digitized by Google

COROLLARIA.

1. *Pecora sua in agris suis pascere, res meræ facultatis est. Quamvis ergo alius in iis servitutem pascendi habeat, atque adeo dominus ius compascendi per longissimum tempus non exercuerit, id tamen solo non usu non amisit. Dixi in* Specimine CIIX. de Iure pascendi medit. 4.

2. *Domicilium & patriam mutare, est res meræ facultatis. Dixi in* Specimine LXXIX. de foro ministrorum principis medit. 5.

3. *Res meræ facultatis est, alterum ad convivium invitare. Ergo ex eo, quod incolæ loci sacerdotem suum per immemoriale tempus cœnis suis nuptialibus aut baptismalibus adhibuerunt, sacerdoti tamen ius, ut & inposterum hoc fiat, non adquiritur. Incolæ itaque, si sacerdos hoc exigat, actionem habent, quam* Suendendorfferus in Summaria actionum forensium expositione sect. 2. art. 144. *actionem convivio baptismali interessendi negatoriam appellat. Iste Suendendorfferi liber plenus est ineptiarum, recteque de eo ICtus quidam illustris dixit, scriptum eum fuisse pro equis & mulis. Nam quid opus est tot formulis, quas Suendendorfferus congessit, quum omnes simillimæ sint, atque adeo vel duæ exempli loco suffecissent?*

4. *Ius patronatus & eligendi non est res meræ facultatis, sed singulare, atque adeo non usu amittitur. Si quis tamen id ius habens per longissima tempora quem ex certa gente vel ad commendationem alterius eligit, libertatem suam non amittit. Principes electores ergo, quamvis ultra duo sæcula Cæsarem ex gente Austriaca sumserint, onus & necessitatem sibi per hoc non imposuerunt.*

5. *Matrimonium cum persona diversæ religionis inire, res meræ facultatis est. Recte ergo in comitiis Ratisbonensibus dissuasum fuit senatui Wormatiensi, istiusmodi matrimonia civibus suis interdicere.* Vide *Fabri* Staats-Canzley Part. 49. cap. 6. numer. 2. pag. 163.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLI. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE DORMIENTE

PVBLICE DEFENSVM

A

GEORGIO LVDOVICO FLACH

BARTHELFELDA-HANNOVER. LL CVLT.

D. VII. FEBRVAR. CIↃ IↃ CC XXVIII.

I.

Præſcriptio ordinaria contra pupillum & minorem dormit.

II.

Præſcriptio longiſſimi temporis contra pupillum etiam dormit, ſed contra minorem currit.

III.

Maior factus res ſibi, durante minore ætate, ablatas intra ordinaria tempora vindicare poteſt, nec quinquennio excluditur.

Contra pupillos, certum eſt, omnem præſcriptionem dormire. Sed quod ad minores, plus dubii & difficultatis reperitur. Si *Struvio in Iurisprudentia lib.* 2.

tit.

tit. 9. §. 8. credimus, communis D D. ſententia eſt, contra minorem nullam præſcriptionem inchoari poſſe, ſed currere eam, quæ contra priorem ſeu antecedentem poſſeſſorem inchoata eſt, ſalvo tamen minori in integrum reſtitutionis beneficio. Ipſe tamen hanc communem opinionem in dubium vocat & improbare videtur *in Exerc. ad π.* 43. §. 10. Ego, quid ſentiam, dicam paucis. Ex iis præſcriptionibus, quæ infra XXX. annos ſunt, nulla contra minorem currit, etſi iam ante eum inchoata fuerit, ſed dormiunt omnes, ac poſt maiorem demum ætatem expergiſcuntur, & currere incipiunt, *L.* 3. *C. Quibus non obiicitur longi temporis præſcript.* Eæ vero præſcriptiones, quæ XXX. annorum & ſupra ſunt, & inchoantur & cœptæ currunt contra minores, *L.* 3. *C. de Præſcript XXX. vel XL. ann. L. ult. C. In quibus cauſſis in integr. reſtit. non eſt nec.* In iis tamen rebus, quæ durante minore ætate nomine minoris, ſed illegitime, alienatæ fuerunt, nulla præſcriptio deſideratur, ſed maior factus alienationem intra quinquennium revocare debet, poſtea amplius non auditur, *L. ult. C. Si maior factus alienationem.* Quam legem in *Specimine CCCXLV. de Modis, quibus alienatio rerum pupillarium invalida convaleſcit medit.* 1. pluribus expoſui, atque a vulgaribus, quibus tota infirmatur, limitationibus liberavi. Id tamen hinc nunc addo, quinquennium in ea lege conſtitutum ad eas res haud pertinere, quæ minori ſine omni contractu & cauſſa ablatæ fuerunt. Has maiorem ætatem adeptus intra ordinaria tempora vindicare poteſt. Sic reſponderunt ICti Vitembergenſes menſe Februario anni CIↃ IↃ CC XII. Iſt Jacob Kornbach anno 1664. mit Hinterlaſſung einer Wittwe und 3. Kinder, ingleichen eines anſehnlichen Land-Gutes und darin befindlichen Inventarii, verſtorben, da denn die Wittwe ſich in folgendem Jahre anderweit an einen Bauers-Mann, Nahmens Gieſecken, verheyrathet, welcher

sich auf die liederliche Seite geleget, und in wenig Jahren 146. Rthlr. Schuld an Pächten gemachet, dergestalt, daß ihn endlich der damalige Beamte von dem Gute gejaget, Vieh, Korn und andere zu Bezahlung der vermeynten Schuld sattsam zureichende Sachen verkaufet, und den Acker-Hof an einen andern Bauer, Nahmens Brauer, überlassen, welcher denselben ferner nach seinem Tode auf seine Witte, und diese hinwiederum auf ihren neuen Ehemann gebracht. Entstehet diesemnach die Frage, ob und wie Jacob Kornbachs verlassene drey Kinder ihr väterliches Gut von den jetzigen Besitzern vindiciren, und sich wider diejenige exceptiones, welche ihnen vielleicht entgegen gesetzet werden möchten, schützen können. Ob nun wol den Kornbachischen Kindern die exceptio præscriptionis im Wege zu stehen scheinet, und also es das Ansehen gewinnet, ob habe derselben Suchen wider die jetzige Besitzer gantz keine statt. Dieweil aber dennoch die exceptio præscriptionis daher, weil die Kornbachische Kinder minorennes gewesen, wider welche die præscription nicht eher als nach erlangter Maiorennität zu laufen anfänget, keine statt findet; So seynd die Kornbachische Kinder ihr väterliches Gut von den jetzigen Besitzern vermittelst angestellter rei vindication wieder zu fodern berechtiget.

IV.

Titulus solus & nomen retentum, si nulla alia argumenta adsint, præscriptionem non impedit.

V.

Per hoc, quod quis titulum regni, provinciæ, urbis, prædii, secundum stylum receptum alicui tribuit, possessori & domino eius regni &c. iniuria nulla fit.

Diu iam est, quod doctores iuris publici, tam universalis quam Germanici, inter se disputant, an sola nominis titulique retentio ac conservatio ius ipsum conservet, atque præscriptionem impediat. Videas, illos circa hanc quæstionem non solum invicem, sed etiam a se ipsis dissentire.

tire. *Conringius* noster *de Finibus Imperii Germanici cap. I.* nomen cæsaris & imperatoris Romani a summis Germaniæ principibus retentum negat, tamen his ius aliquod in veteres & iam diu amissas Imperii Romani partes dare; & *cap.* 19. ait: *Sed nec facile probaveris, cæsari hodie titulo cæsareo illum tale plenum dominium convenire. Esto enim, fuerit illa cæsarum olim potestas: hinc tamen colligere non licet, bodieque illam superesse, etsi ita argumentari videas sic satis multos. Nam utique ut Romanorum omnia, ita etiam cæsarum iura, mutationibus sunt obnoxia. Nihil in his æternum, perinde ut nec in aliis humanis rebus. Eadem sane verisimilitudine collegeris ex eo, quod Germanicorum regum perexigua olim ætate Cornelii Taciti fuerit existimatio, nunc itidem eos duntaxat valere suadendi magis auctoritate, quam imperandi. Atqui tanto temporis spatio etiam hoc mutari potuit.* Ipse tamen *in cap.* 21. in quo urbem Romam ceterasque Pontificum Romanorum terras nec præscriptione nec alio aliquo titulo Imperii ditione & iuribus excidisse contendit, inter argumenta sua primo & præcipuo loco hoc posuit: *ad hæc usque tempora regibus Germaniæ nomen Cæsarum Romanorum illibatum mansisse.* Quæ Conringio tanquam levitatem aliquam exprobrat, atque, nomen cæsaris Romani retentum præscriptioni iurium Imperii vel retro obstitisse vel in futurum complendæ satis obstiturum esse, minus verosimile dicit *Textor in Iure publico Cæsareo tit.* 4. *n.* 63. *sq.* Verum si omnia accurate consideres, excusari optime potest *Conringius.* Nempe is, qui contra præscriptionem laborat, atque ius suum adversus possessorem vindicat, reliquis argumentis suis, si quæ habet, insigne pondus ex rententione prisci nominis & tituli addere potest. Sed, si alia argumenta desint, *Textori* facile adsentio, & nomen solum atque titulum retentum ius ipsum conservare atque præscriptionem sive immemorialem sive aliam legitimam im-

Digitized by Google

pedire haud puto. Nihil enim eſt in vita humana frequentius, quam ut nomina ſerventur mutatis rebus. Infinitis dignitatibus accidit idem, quod præturæ Romanæ, quæ, ut *Boethius libro 3. de Conſolatione philoſophiæ proſa 4.* ait, magna olim poteſtas, nunc inane nomen eſt, & ſenatorii cenſus gravis ſarcina. Rem clarius exemplo recentiore explicabo: Eſt ſine dubio Magnæ Britanniæ regibus ius in Galliam firmiſſimis argumentis nixum, quod olim forte vindicabitur. Iſta argumenta mirifice iuvantur continuata per ſæcula aliquot tituli poſſeſſione. Verum ſi hanc tituli adhibitionem ſeparatim ab aliis argumentis conſideres, ea ſola nullius momenti erit. Merito ergo *Bailius in Dictionaire hiſtorique & critique* art. *Beze lit. G G. H H.* irridet Bedam, Romualdum, Baliacum Gallis quibusdam tanquam rebellionis crimen obiicientes, quod in dedicationibus aliisque ad Magnæ Britanniæ reges epiſtolis Galliarum titulum iis tribuunt. Ipſe quippe titulus per ſe ius nullum tribuit, ſed ſaltem honoris verbum eſt ac ſtylum receptum indicat. Egregie *Baylius loco memorato* ſcribit: *Un particulier, qui donne aux Princes, dans une lettre, les titres, qu'ils prenent ordinairement, ne s'érige point en iuge de leurs prétenſions: il ne fait que ſuivre l'uſage, qu'il trouve établi; de ſorte qu'en ſe conformant au formulaire des ſouſcriptions, il ne s'engage point à examiner, ſi l'on a raiſon ou tort de ſe donner de tels ou tels titres. Ie paſſe plus avant, & ie dis, que lors même, qu'on ne doute pas, qu'un Roiaume n'apartienne légitimement à un Prince, on ſuit néanmoins l'uſage des Souſcriptions dans une Epitre dédicatoire, ou dans une autre Lettre. Enfin, ie dis, que l'uſage, ou que la coutume, autoriſe ceux, qui donnent les mêmes qualités aux poſſeſſeurs, & aux Prêtendans & que, iusques a ce que ceux-ci aient renoncé à leurs prétentions & à leurs titres, on les apelle Rois ou Seigneurs d'un tel païs, ſans ceſſer de reconnoitre pour Rois ou Seigneurs du même païs ceux, qui le poſſe-*

possedent actuellement. Omnia hæc Baylius more suo exemplis mirifice illustrat, atque inter alia narrat, Galliarum reges eodem tempore & Gustavo Adolpho & Vladislao Poloniarum regi titulum Sueciæ regis tribuisse, illibata tamen cum utroque rege amicitia.

VI.

Retentio veteris nominis nec inter privatos præscriptionem impedit.

VII.

Solum nomen non est certum originis argumentum.

Dictum in præcedentibus de iure publico. Idem vero & in privato obtinet. Equidem non immemor sum eorum, quæ in *Specim. CCLVII. de Probatione artificiali seu coniecturis medit.* 3. dixi, argumentum a nomine & appellatione desumtum fortissimum esse, sed explicui simul satis mentem, & limitationem hanc non obscure addidi, siquidem cum aliis argumentis coniungatur. Nam si solum sit, inane est. Egregie Iustinianus in *L. un. C. de Nudo iure Quiritum; Nudum,* inquit, *nomen nihil ab ænigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est & superfluum verbum.* Memorabo exemplum: Solvebatur quotannis ex prædio rustico pensio nomine decimarum, idque ab immemoriali tempore. Sed, oborta aliquando sterilitate, possessor prædii decimam frugum partem secundum decimarum naturam offerebat. Exactor non decimas sibi deberi, sed canonem, in canone autem sterilitatem debitori non prodesse, ex *L. 1. in fine C. de Iure emphyt.* aiebat. Possessor nomen decimarum urgebat, atque ex eo de origine iuris satis constare dicebat. Et quum exactor præscriptionem immemorialem obiiceret, possessor tunc, quum de origine negotii constat, præscriptioni locum esse, ex *L. 2. C. de Præscript. XXX. vel XL. annorum* negabat. Sed ICti Helmstadienses, solum nomen, quum alia argu-

Digitized by Google

menta non suppeterent, ad originem probandam sufficere haud crediderunt, quandoquidem, ut supra dixi, sæpe nomina servantur, mutatis rebus, præterea ei, qui ius suum contra præscriptionem conservare vult, alia longe remedia in *L. 2. C. de Ann. exc.* suppeditantur. Sic igitur mense Maio anni CIϽ IϽ CC XXV. iudicatum fuit. In Sachen der Witzelischen Testament-Erben, Klägere an einem, wider die Grund-Herrn des Cantor-Zehendens vor Udra, Beklagte am andern Theil, erkennet das Churfürstliche Mayntzische Amt Rustenberg rc. Daß Beklagte Klägern die 24. Malter binnen 14. Tagen zu entrichten schuldig, die beyderseits verursachte Unkosten aber gegen einander aufzuheben seyn. V. R. W. Rat. dec. Klägere fodern von Beklagten unter dem Nahmen des Cantor-Zehendens 24. Malter. Diese schützen den Mißwachs vor, und wollen entweder einen Nachlaß haben, oder den Zehenden in natura von den gewonnenen Früchten abstatten. Alldieweil aber allhier eigentlich kein Zehende im Streit ist, sondern solcher Zehende, wenn ihn Kläger ja vor diesem gezogen, etwa durch einen errichteten Vergleich oder auf eine andere Art in eine jährliche Præstation von 24. Malter verwandelt worden, welche Verwandelung nach der Beklagten eigenem Geständnisse in ihrer Exception-Schrift vor undenklichen Jahren geschehen, dergestalt, daß sich niemand eines Anfangs erinnern kann, mithin dieser in præscriptione immemoriali gegründete annuus census von einem Theile ohne des andern Bewilligung nicht geändert, noch diesem anstatt desselben der alte längst erloschene Zehende wieder aufgedrungen werden kann, ferner dasjenige, was die Rechte von Erlassung des Pacht-Geldes wegen Mißwachses verordnen, lediglich in Pacht-Contracten statt findet, und keinesweges auf Erb-Zinsen, annuos reditus oder dergleichen jährliche Lieferungen zu ziehen ist, nachdem in diesen keine accurate Gleichheit mit den gehobenen Früchten, welche die eigentliche Ursache des in locationibus eingeführten Erlasses ist, erfodert wird, und der debitor bey der allerreichesten Ernd-

te nicht das geringste mehr giebet, sondern allen Vortheil vor sich behält; folglich auch der Billigkeit nach einen kleinen Schaden übernehmen muß; So haben wir Beklagte nach Klägers Verlangen condemniret, jedoch die Unkosten in Ansehung, daß jene etwas wahrscheinliches vor sich gehabt, gegen einander aufgehoben. Adde *Cothmanni vol.* 5. *resp.* 10. *n.* 405.

VIII.

Contra prædii devastati & inculti dominum præscriptio quidem ordinaria dormit, sed tricennalis currit.

Inter exempla regulæ, quod non valenti agere præscriptio non currat, supra in *Specimine CX. de interitu servitutum medit* 2. & 3. retuli, quando prædium post bellicas calamitates vel incendia diu incultum iacuit, & dominus eius vel servitutes ei debitas non exercuit, vel vicinos quid in eo facere passus est. Dixi, sic nec amitti servitutes, nec adquiri longo usu. Sed addo nunc limitationem, nisi XXX. annorum usus vel patientia accedat. Clara est *lex* 3. *C. de Præscript. XXX. vel XL. annorum*, quæ exceptionibus omnibus contra triginta annorum lapsum locum denegat. Accedit, quod utendi facultas in prædio inculto & devastato non simpliciter deficiat, sed saltem difficilis sit. Exemplum retuli in *Specimine CCCCXLIII. de Rebus derelictis medit.* 7.

IX.

Qui utendi occasionem nullam habuit, ei nec præscriptio quingentorum annorum nocet.

Quum seculo superiore lis de iure coronandi cæsarem inter electores Moguntinum & Coloniensem, vel potius propugnatores eorum, Boineburgium & Conringium, id quod ex quadam Boineburgii epistola inedita *Heumannus in Schediasm. de libris anonymis ac pseudonymis p.* 149. ostendit, acerrime scriptis agitaretur, Coloniensis advocatus inprimis præscriptionem quingentorum annorum, intra quos Coloni-

entis

ensis elector cæsares semper coronasset, pro se auferebat. Tum vero patronus Moguntinus non male regulam: contra non valentem agere non currit præscriptio; opposuit, docuitque, istis quingentis annis cæsares omnes in provincia Coloniensi coronatos fuisse, electorem vero suum ius coronandi tunc saltem sibi vindicare, quando coronatio extra provinciam Coloniensem fiat. Vide *iteratam Dissertationem de Iure coronandi pro electore Moguntino contra Colonienses vindicias p.* 102.

X.

Iustitium esse potest, etsi iudicia sint aperta.

Dormit inprimis præscriptio tempore iustitii. Quod iustitium definit *Gellius Noct. Att. lib.* 20. *cap.* 1. interstitionem & cessationem iuris. Potest tamen etiam iustitium esse, ubi ius quidem dicitur & tribunalia aperta sunt, sed ita, ut, ad quod tribunal eundum sit, litigantes nesciant. Exemplum est, quando duo pluresve principes sibi imperium arrogant, atque singuli ad sua iudicia ire cives iubent. Tum, quia sine periculo neutrum iudicium adiri potest, ius suum præscriptione non amittet is, qui conquieverit. Exstat in Berardi Chronico Casauriensi apud *d' Achery tom.* 2. *Spicilegii p.* 975. epistola Alexandri III. pontificis ad archiepiscopum Moguntinum, qua tempore schismatis præscriptionem in rebus ecclesiasticis impediri dicit. Vide c. 14. *X. de Præscriptionibus.*

XI.

In caussis subiectorum cum principe vel alio superiore præscriptio tunc dormit, quum apparet, illos potentia, metu, aut paupertate cohibitos liquidum suum ius persequi non potuisse.

Singu-

Digitized by Google

Singularis eſt opinio, quam *Bergerus in Oeconomia iuris pag.* 265. *n.* 6. proponit: *Nota*, inquiens, *in nomine principis paſſivo adverſus creditorem minus currere præſcriptionem, propter reverentiam & conveniendi difficultatem, quia princeps iudicialiter commode interpellari nequit;* non nova tamen. Convenit enim cum iſta veterum ſententia; tacita civium murmuratione omnem principis contra ipſos præſcriptionem interrumpi, de qua multa vide apud *Ockelium de Præſcriptione immemoriali cap.* 9. §. 4. Et res quidem dubio non caret. Habet enim fiſcus principis, quemadmodum in *L.* 3. *de his, quæ in teſtamento delentur*, dicitur, iudices ſuos. Hi ergo adeundi ſunt. Qui ſi litem non admittant, tum vero remedio *legis* 2. *C. de Annali exceptione* utendum, ac proteſtatione apud tabularium interpoſita ius ſuum conſervandum eſt. Quodſi tamen manifeſto apparet, cives vel ſubiectos quoslibet iuſtam cauſſam habuiſſe, ſed potentia, metu, paupertate cohibitos muſſitaſſe, nec ius ſuum perſequi auſos fuiſſe, tum vero impotentia hæc curſum præſcriptionis inhibet, &, ut ea dormiat, efficit. Nec opus eſt proteſtatione, ubi impotentia hæc certa eſt. Vide claram legem in *c.* 8. *X. de Appellationibus*, ſecundum quod menſe Octobri anni CIↃ IↃ CC XXVII. in cauſſa ruſticorum cum domino ſuo, iuſſu & nomine regis Pruſſiæ, iudicavimus ex his rationibus: Es erhellet ex actis, daß Klägere von Anfang her 2. Tage zum Mehen ꝛc. obligiret, auch dabey in einem commiſſariſchen Receſſe vom Jahre 1581. bey gehaltener Unterſuchung geſchützet worden. Ob nun wol Beklagte aus dem langen Beſitze, und der daher rührenden Verjährung die Befugniß 4. halbe Tage zu fodern, behaupten will. Alldieweil aber die natürliche Vernunft ſattſam zeiget, daß der Klägere Condition durch Verwandelung der zwey gantzen Tage in vier halbe verſchlimmert, und ſie in ihrer eigenen Arbeit dadurch nicht wenig gehindert werden, hiernächſt der commiſſariſche Re-

 ceſs

Digitized by Google

cess vom Jahr 1581. prævia caussæ cognitione ergangen, mithin rechtskräftig ist, ferner die Possession allhier, da das Petitorium am hellen Tage lieget, in keine Betrachtung kommt, endlich die Verjährung alsdenn, wenn man von anfänglicher Beschaffenheit der Sache völlig vergewissert ist, gleichfalls hinweg fällt, *L.* 2. *C. de Præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*, da zumal in Streitigkeiten zwischen Herrschaften und ihren Bauren die arme Unterthanen nicht allemal das Vermögen haben, sich den von jenen tentirten Neuerungen zu widersetzen, sondern öfters einige Jahre aus Noth stille schweigen müssen; So haben wir in diesem Puncte den Abschied erster Instanz bestätiget.

SPECIMEN CCCCLXIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLI. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONIS INTERRVPTIONE.

I.

Lis possessori in iudicio mota interrumpit præscriptionem, etsi ad finem perducta non sit.

II.

Tunc tamen lis mota præscriptioni non obstat, quum possessor ab ea absolutus fuit.

Ad interrumpendam præscriptionem id unice in *L.* 1. *C. de Præscript. longi temporis* desideratur, ut lis mota sit possessori in iudicio. Colligunt hinc aliqui, nihil interesse, vincatne possessor, an vincatur, sed

ſed utroque caſu interruptam poſſeſſionem dicunt. Et, ſi vincatur poſſeſſor, res quidem dubium non habet. Quin etiam, quamvis non vincatur, ſi modo lis ad finem non perducta eſt, ſed quievit, præſcriptio tamen interrupta manet, *L. ult. C. de Præſcript. XXX. vel XL. annorum.* At ſi poſſeſſor ſuperior ex ea lite decedat victricemque ſententiam reportet, quæſtione ipſi calumnioſe vel ſaltem temere mota ius eius interverti & præſcriptionem rumpi, durum foret, & æquitati contrarium. Pugnat etiam cum *L. 2. Pro don.* & *L. 2. §. ult. Pro emt.* Igitur litem motam, ſi poſſeſſor abſolvatur, præſcriptioni non obſtare, rectius tuentur *Struvius in Iurisprud. lib. 2. tit. 9. §. 29.* & *Wernherus Obſervat. forenſ.* 3330. *Part I.* & alii ab hoc allegati. Quæſtio frequens eſt admodum in foro. Accidit ſcilicet ſubinde, ut quis poſt aliquot annorum poſſeſſionem iudicio poſſeſſorio pulſetur, ſed vincat atque in poſſeſſione defendatur, reſervato de more actori petitorio, in quo inſtituendo hic moras nectit, donec prioribus annis complementum præſcriptionis accedat. Tunc petitorium inſtituenti actori reus exceptionem præſcriptionis opponit, actor replicat, eam per iudicium poſſeſſorium fuiſſe interruptam. Sed nos interruptionem non admiſimus menſe Iulio anni CIↃ IↃ CC XXI. Beſitzet Frantz Andreas Grimm einige Lehn-Ländereŋ, welche im Jahr 1672. als Meyer-Land cataſtriret, und in ſolcher Qualität verſteuret worden, bis im Jahre 1714. einige Einwohner der Dorfſchaft Friedland ſich dawider geſetzet, daß Grimmens Contribution nach dem Fuſſe, worauf die Lehn-Ländereŋ ſtehet, erhöhet werden möchte, verlanget, auch beŋ dem Amte Friedland einen beŋfälligen Beſcheid erhalten, von welchem Urthel Grimm an das Königliche Ober-Appellations-Gerichte appelliret und von uns zu wiſſen begehret, ob er nicht daſelbſt ein beŋfälliges Urthel zu hoffen habe. Nun haben bereits die ICti Kilonienſes in ihren Rationibus decidendi an und ausgeführet,

ret, daß auf Seiten des Appellanten die vom Jahre 1672. bis 1714. ruhig exercirte 42. jährige Possession, welche durch den im Jahr 1694. von der Gemeinde erregten und durch den Amts-Bescheid en faveur des Appellanten entschiedenen Streit nicht unterbrochen worden, und die daher entspringende Verjährung dem Appellanten nothwendig zu statten komme. Diesemnach halten wir dafür, das Königliche Ober-Appellations-Gerichte werde in diesem Puncte das letztere Urthel ändern.

III.

Agnitione debiti præscriptio interrumpitur.

IV.

Debitor, qui creditori pro parte satisfacit solvendo aut in solutum dando, agnoscit debitum.

Lex est Francofurti ad Mœnum, quæ iudæos nomina sua intra biennium exigere iubet, ac exactionem diutius differentes amissione iuris punit. Quum itaque iudæus aliquando post biennium ageret, eique præscriptio obiiceretur, ille, debitorem sibi intermedio tempore merces subinde in solutum dedisse, respondebat. Per hanc dationem in solutum interruptam credidimus præscriptionem. Agnitio enim debiti sine dubio interrumpit præscriptionem, *L. 18. §. 1. de Pecunia constituta, L. 7. §. 5. C. de Præscript. XXX. vel XL. ann.* Ea vero agnitio non verbis solum fit, sed factis etiam, inter quæ facta præcipuum est solutio portionis debiti per *L. 4. C. de Non numerata pecunia.* Sed in solutum dare, nihil aliud est, quam solvere. Sic itaque mense Martio anni CIϽ IϽ CC XIX. iudicavimus: In Revisions-Sachen Hünle, Löw Ochsens Wittwe, Klägerin und Impetrantin an einem, wider des Schöf Grambsens hinterlassene Erben, Beklagte und Impetraten am andern Theil, erkennen Schuld-

heiß

heiß und Schöpffen zu Franckfurth am Mayn rc. Nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß Beklagte die in dem Wechsel-Briefe von anno 1688. enthaltene 83. und ½ Rthlr. ohne Zins an Klägerin zu bezahlen schuldig. Im übrigen werden die beyderseits verursachte Unkosten gegen einander aufgehoben. V. R. W. Rat. dec. Es ist Beklagte im letzten Urthel mit ihrer aus dem Wechsel-Briefe herrührenden Foderung abgewiesen worden, und hat dagegen anjetzo Revision gesuchet. Nun scheinen ihr zwar die ausdrückliche Rechte in der Juden-Stätigkeit, der Stadt Franckfurth Reformation und dem Raths-Decrete vom 13. Mertz 1624. im Wege zu stehen, als worinnen klar verordnet, daß ein Jude, welcher seine an einem Christen habende Foderung 2. Jahr lang ungemahnet und ohne Klage stehen lässet, dieselbe verlieren und dawider kein anderer Vorwand, als nur diese beyde, daß der gesetzte Zahlungs-Termin sich über 2. Jahr erstrecke, oder der Schuldener abwesend, zugelassen werden solle. Gewinnet es diesemnach das Ansehen, ob hätte voriges Urthel bestätiget werden sollen. Alldieweil aber aus den von Beklagten beygelegten Scheinen so viel erhellet, daß der Jude Löw Ochs und nach seinem Tode dessen Frau mit dem Schöffen Grambs einen Handel und Rechnung gehabt, und der Schöffe nach und nach Dielen, Latten und Sparren auf gemeldete Rechnung abfolgen lassen, also die Löw-Ochsische Foderung dadurch stillschweigend agnosciret, erneuert und compensiret, bey welcher Bewandniß, und da compensatio ipso iure und ohne Erinnerung geschiehet, *L. ult. pr. C. de Compensationibus*, unnöthig gewesen, den Schöffen Grambsen weiter zu mahnen oder zu verklagen, folglich auch die oben angeführte præscriptio biennii hinweg fällt; So seynd wir, voriges Urthel zu ändern, und den Beklagten die Zahlung des Wechsels aufzulegen, bewogen worden. Jedoch fallen bey abangezogenen Umständen, und da der verstorbene Schöffe, so viel aus den Acten zu ersehen, eben nicht in mora gewesen, die Zinsen billig hinweg.

V.

Completa usucapio interrumpi nequit.

VI.

Pignoratio interrumpit præscriptionem complendam, sed non completam.

Recte *Bergerus in Oeconomia iuris pag.* 254. *n.* 3: *Perfecta,* inquit, *usucapione, superveniens mala fides non obest, ne quidem in conscientia.* Fluit hoc ex recta ratione, quamvis lege deficiamur. Nam argumentum, quod *Bergerus ex L.* 11. *de Adquir. vel amitt. poss.* & *L.* 5. *C. de Legibus* ducit, plane non apparet, aut tamen subtile est, ut oculos meos fallat. Sed uti dixi, recta ratio satis indicat, præscriptionem perfectam interrumpi amplius non posse. Quamvis ergo debitor, postquam præscriptione tutus esse cœpit, debitum per errorem agnoverit, hæc tamen agnitio ipsi non nocet, nec debitum exstinctum resuscitat. Idem est in pignoratione. Interrumpit hæc præscriptionem, arg. *L.* 10. *C. de Adquir. & retin. poss.* si scilicet legitime facta & pignus in iudicium deductum sit, ut pluribus ostendit *Strykius in disput. de Iure pignorandi cap.* 5. *n.* 33. *sqq.* id quod lege expressa firmatum est tam in Marchia Brandenburgica *titulo* 15. *Constitutionum Marchicarum,* quam in Saxoniæ electoratu per *Constitut. Saxon.* 7. *Part.* 2. Sed fac, completa usucapione, pignorationem fieri. Ea nihil onerabitur. Sic mense Iulio anni CIↃIↃCCXXIV. iudicavimus: Daß, was die Mast belanget, Kläger bey dem Genusse des vierten Theils in den Stövenschen Höltzern zu schützen, übrigens die beyderseits verursachte Unkosten gegen einander aufzuheben seynd. V. R. W. Rat. dec. Gegenwärtiger Procefs betrift die Mast-Gerechtigkeit. Da scheinet nun zwar Klägern im Wege

Wege zu stehen, daß seine Beweis-Zeugen nicht leugnen können, es habe Beklagter die in die Mast getriebene Schweine gepfändet, und dadurch die vermeynte Verjährung unterbrochen. Weil aber alle drey Beweis-Zeugen, welche insgesammt Leute von 70. und mehr Jahren seynd, bezeugen, daß sie jederzeit des Klägers und seiner Vorfahren Schweine von Birckholz in die Stövensche Mast treiben gesehen, und die Pfändung erst in letzen Zeiten von Beklagtens Vater angefangen worden, folglich die Verjährung schon vorher richtig gewesen, und die darauf erfolgte Pfändung solche weiter nicht unterbrechen mögen; So haben wir Klägern den vierten Theil der Mast-Gerechtigkeit billig zugesprochen.

COROLLARIUM.

Solutione usurarum interrumpitur præscriptio, arg. L. 4. C. de non num. pec. *Contrarium Venetiis obtinet. Ibi nempe creditor, qui per triginta annos sortem non petiit, etsi usuras acceperit, nequit deinde sortem exigere, sed debitori hanc perpetuo relinquere, atque ipse usuris annuis contentus esse iubetur. Testatur hoc* Fra Paolo Sarpi in Collatione delle Massime universali, *qui libellus nuper cum versione Gallica sub titulo;* Les droits des Souverains tom 2. *prodiit.* pag. 90.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLII. TIT. I.

DE

CONCLVSIONE ET INROTVLATIONE ACTORVM

PVBLICE CVM ALIQVOT SEQQ. DEFENSVM

A

GODOFRED. HENRIC. ELEND

HANNOVERANO

D. XXVIII. FEBRVAR. CIƆ IƆ CC XXVIII.

I.

Conclusio in caussa ad solemnia, non etiam ad substantiam iudicii pertinet.

II.

In processu tamen ordinario iudex eam omittere non debet.

III.

Declaratio privata in familiari sermone pro conclusione in caussa haberi nequit.

IV.

Procurator intempestive concludere & deductionibus ac scriptis, quae ipsi adhuc restabant, renunciare nequit, nisi hoc ei specialiter mandatum sit.

V.

Potest quis errorem ab advocato suo commissum etiam post conclusionem in caussa, si tunc demum illum animadvertat, corrigere.

Theses

Digitized by Google

Theses has illustrabit sententia, quam mense Martio anni CIↃIↃCCIX. nomine ICtorum Vitembergensium concepi: Daß die Acta, gestalten Sachen nach, für geschlossen nicht zu achten, dannenhero Beklagter mit seiner rechtlichen Nothdurft und Correction der von seinem Advocaten begangenen Irrthümer nochmals billig zugelassen wird, ferner darauf zu beschehen, was Recht ist. V. R. W. Rat. dec. Ob gleich Kläger fürwendet, es habe Beklagtens bereits verstorbener Advocatus auf Befragen, ob er annoch ausser den ad acta gegebenen und sub. n. 12. befindlichen gravaminibus einige andere einzubringen gesonnen, zur Antwort gegeben, daß er solches nicht gemeynet, sondern es dabey bewenden lassen wolle, und also hierdurch allem ferneren Einbringen renunciiret, auch tacite ad inrotulandum und sententionandum submittiret, hiernächst hat Kläger in seiner Exceptions-Schrift Beklagtens gravamina lediglich beantwortet, keinesweges aber etwas neues darinnen vorgebracht, daß also auch unter diesem prætexte die rescissio conclusionis nicht möge gefodert werden, so sey auch die verlangte Correction der von Beklagtens Advocaten in facto begangenen Irrthümer hierzu nicht zulänglich, indem die Rechte *in L. 3. C. de Errore advocatorum* solche nur binnen 3. Tagen verstatten, dahingegen Beklagter, ungeachtet ihm Klägers Exceptions-Schrift zugeschicket worden, und er daraus die von seinem Advocaten begangene Fehler wol ersehen mögen, einige Wochen, ohne solche zu verbessern, vorbey streichen lassen; wannenhero derselbe nunmehr mit seinem Suchen billig abzuweisen wäre. Alldieweil aber nach den allgemeinen Kayserlichen und Reichs-Gesetzen keine Sache für beschlossen angenommen, oder ein Urthel darüber gefället werden mag, ehe und bevor beyde Theile ihre endliche Nothdurft ad acta gebracht, und zugleich gewöhnlicher massen ad sententiam beschlossen haben, *L. Iudices 9. ubi Brunn. n. 5. & sqq. C. de Iudiciis, Clem. Sæpe de V. S. Ord. Cam. Lindau. de an.* 1500. *tit.* 13. §. *ult. & tit.* 15. §. 8. *Ratisbon. de an.*

1507. *tit.* 36. §. 15. *verſ.* und iſt die *Concluſio* und Beſchluß in den Sachen vonnöthen. *Ord. Cam. de an.* 1555. *P.* 3. *art.* 21. 22. 23. *R. I. noviſſ. de an* 1654. §. 153. welches auch nach bewehrter Rechts-Lehrer Zeugniſſe in allen Iudiciis per conſtantem uſum & obſervantiam alſo recipirt iſt, *Mynſ. Cent.* 3. *Obſ.* 17. *Mev. P.* 2. *dec.* 265. *Cothmann vol.* 1. *Conſil.* 17. *n.* 31. *ſqq. Textor in Rec. I. noviſſ. diſp.* 4. §. 73. *Nicolai in Proc. P.* 1. *cap.* 66. *n.* 6. dergeſtalt, daß unterſchiedene dieſe Submiſſion und concluſionem cauſſæ für ein Eſſential-Stück des Proceſſus halten, welches ohne Nullität nicht möge ausgelaſſen werden, *Umm. ad Proc. diſp.* 19. §. 1. *n.* 1. wie es denn auch einem Richter nicht frey ſtehet, alſofort bey längern Verweilen des einen Theils die Acta für beſchloſſen anzunehmen, wenn er denſelben nicht vorhero darzu vorgeladen, auch ihm genugſame Dilationes verſtattet, *Auth. Iubemus C. de Iudiciis*, *Ord. Cam. P.* 3. *art.* 23. *n.* 4. *Gail. I. O.* 107. *n.* 2. in gegenwärtiger Sache aber nicht erſcheinet, daß Beklagter entweder vor Gericht concludiret, und fernerem Einbringen renunciiret, oder, daß, nachdem ihm hierzu ein terminus angeſetzet worden, er ſolchen per contumaciam vorbey ſtreichen laſſen, indem Klägers Exceptions-Schrift ihm nicht einmal ad reſpondendum und ſubmittendum communiciret, ſondern er darauf ſo fort ad inrotulandum vorgeladen worden, ferner Klägers Vorgeben, daß Beklagtens Advocat zu ihm geſaget, er wolle es bey ſeinen eingebrachten gravaminibus bewenden laſſen, eine concluſionem cauſſæ daraus zu erzwingen, nicht genugſam iſt, weil dieſe, wie auch die Renunciation des ferneren Einbringens, coram actis geſchehen muß; Renunciatio enim huiusmodi ad acta eſt ſcribenda, quia nunquam præſumitur in cauſſa concluſum, niſi hoc ex actis appareat, *cap.* 11. *X. de Probat. Coppen l.* 2. *O.* 109. *n.* 1. *Martini ad Proc. Sax. tit.* 34. *rubr. n.* 5. ein Advocate auch wider ſeines Clienten Wiſſen und Willen und zu deſſen Præiudiz von den ſelbigem zukommenden iuribus nichts

verge-

Digitized by Google

vergeben mag, und also Beklagtens in termino inrotulationis geschehenes Vorbringen: er könnte mit einem Eyde bekräftigen, daß man mit seinem Vorwissen sich deductioni gravaminum nicht begeben; billig zu attendiren, endlich, und wenn auch die von dem Advocaten dem Kläger gegebene Antwort, daß er es bey seinen gravaminibus bewenden lassen wolle, vor eine conclusion in caussa zu halten, dennoch Beklagtens Suchen, daß selbige rescindiret und er ad correctionem erroris commissi zugelassen möchte werden, statt finden müste, in Betracht, daß diejenige exceptiones, welche annoch post sententiam mögen opponiret werden, vielmehr post conclusionem caussæ zu admittiren seynd, *Brunn. ad Auth. Iu[illegible]mus C. de Iudiciis*, *Wesemb. Consil.* 123. *n.* 17. die Exceptio erroris advocati aber also beschaffen, daß selbige jederzeit und in quacunque iudicii parte etiam post sententiam per modum appellationis muß gehöret werden, *L.* 3. *C. de Errore advoc.* und, ob gleich in besagtem legè, daß die Correction binnen 3. Tagen geschehe, erfodert wird, solches doch nur von den Irrthümern, so in Beyseyn der Parthey, *d. L.* 3. ibi: *præsente;* iuncta *L.* 1. *C. eod.* keinesweges aber von denen, so in deren Abwesenheit entweder mund- oder schriftlich von dem Advocaten begangen worden, zu verstehen ist, als welche letztere jederzeit verbessert werden mögen; Errores enim eorum, qui desideria i. e. preces scribunt, veritati præiudicium afferre non posse, manifestum est, *L.* 2. *C. de Errore advocatorum*, *Berger. in Electis Discept. For. tit.* 16. *O.* 1. *n.* 3. qui etiam triduum istud non statim a momento erroris commissi, sed demum a termino, mox a iudice ad ulterius in caussa procedendum præfixo, atque adeo ab eo die, quo potuit & debuit caussam prosequi, computandum esse dicit, wie denn ohnedes Beklagter dieses Fehlers nicht wol ehe innen werden können, bevor er bey fürgehabter Inrotulation die Acta und zugleich die von seinem Advocaten übergebene Supplications-Schrift durchgesehen; So haben

ben wir bey so gestalten Sachen, daß die Acta für beschlossen noch nicht zu halten, und Beklagter mit seiner Correction annoch zuzulassen, billig erkannt. Nihil nunc circa hanc sententiam & rationes ei adnexas muto. Moneo saltem: conclusionem in caussa non esse de substantia iudicii, seu substantialem iudicii actum, ut *Vinnius* loquitur. Patet hoc manifeste ex eo, quod *Clementina* 2. *de Verborum signif.* eam in caussis summariis omitti permittit, quod profecto non posset, si illa ad substantiam iudicii pertineret. Patet id porro ex eo, quod in *Auth. Iubemus C. de Iudiciis* iudex malitiæ non concludentis indulgere & iudicium morari vetatur, sed nihilominus sententiam legibus & moribus consonantem proferre iubetur. Igitur conclusionem in caussa ad solemnia iudicii non ad essentiam referri oportet, quam tamen, quia leges & Romanæ & Imperii nostri præcipiunt, iudex in iudicio ordinario omittere nequit.

VI.

Iudex ante inrotulationem acta complere atque iisdem omnia, quæ ad decisionem caussæ, etiam indirecte, pertinent, si una pars hoc desideret, addere debet.

VII.

Quo neglecto, sententia nulla est.

Equidem *Mevius P.* 4. *dec.* 191. & *Brunnemannus ad L.* 35. *de Re iudicata n.* 2. negant, sententiam sub prætextu actorum mancorum, & quod aliqua documenta omissa fuerint, impugnari posse. Sed ipsa ratio, quam subiiciunt, limitationem eius doctrinæ suggerit. Aiunt nempe, querentem suæ negligentiæ imputare debere, quod defectum non citius observarit & iudicem de eo monuerit. Ergo si nihil neglexit, si iudicem tempestive monuit, atque hic tamen officium suum non fecit, aliud dici oportet. Sæpe partes iudicem ante inrotulationem & transmissionem actorum rogant, ut actis quid inferat vel addat, quod directo

&

Digitized by Google

& principaliter ad litem præſentem non pertinet, ſed tamen oblique & per indirectum in eius deciſionem influit, quodque, ſi apud acta fuiſſet, diverſam forte ab ea, quæ lata fuit, ſententiam effeciſſet. Iudex autem, quoniam hoc liquide non videt, petitis haud annuit. Audiendus deinde eſt is, qui fruſtra id petiit, contra ſententiam latam, ſiquidem oſtendere paratus ſit, hos, qui ſententiam conceperunt, aliter eam facturos fuiſſe, ſi id, quod iudex actis addere recuſavit, habuiſſent. Huc pertinet *lex* 15. *C. de Appellationibus*, ubi iudex cuncta, quæ litigatores & probationis & INSTRVCTIONIS cauſſa recitaverint, actis indere vel ſubiicere iubetur. Sic menſe Iunio anni CIↃ IↃ CCXIV. reſpondimus: Wird gefraget, ob das am 31. Ianuar. 1713. eröfnete Rintelsche Urthel gültig oder null sey; daferne nun das Iudicium diejenige Stücke, worauf Kläger sich hauptsächlich gründet, und um deren Transmission insonderheit angesuchet, zurück behalten, und nicht mit nach Rinteln gesandt, folglich die dahin geschickte Acta mangelhaft und unvollkommen gewesen; So ist das darauf gesprochene Urthel, wenn Wittschiefe nicht bey der Inrotulation die Acta approbiret und complet erkannt, vor null und nichtig zu achten.

VIII.

Litigator legitime ad inrotulationem citatus, ſi defectum actorum non animadvertit, ſententiam deinde tanquam ad acta mutila latam oppugnare nequit.

Quam in principio præcedentis meditationis commemoravimus, *Mevii* & *Brunnemanni* ſententia tunc vera eſt, quum litigatores, ad inrotulationem legitime vocati vel non comparent, vel comparent quidem, ſed defectum actorum non obſervant, verum ea aut tacite aut expreſſe probant, & pro plenis agnoſcunt. Tunc quippe regula iuris,

ris, quæ eum, qui damnum sua culpa sentit, sibi hoc, non aliis, imputare iubet, c. 86. *de Reg. iuris in* 6. locum inveniet. Adde *L.* 16. *Ex quibus caussis maiores.* Et sic mense Maio anni CIↃIↃCCXIV. iudicavimus: Daß, der angestellten Nullitäts-Klage ungeachtet, die am 18. Febr. und 11. Sept. des 1711. Jahres gegebene Bescheide zu bestätigen seynd. V. R. W. Rat. dec. Obgleich Beklagter die vorgehende zwey Bescheide deshalben einer Nullität beschuldigen will, weil solche aus unvollkommenen Acten, worinnen nemlich das am 20. Octobr. 1674. gesprochene Urthel gemangelt, abgefasset worden; Wannenhero er dafür hält, es müsten vorige Bescheide reformiret werden. Alldieweil er aber bey der geschehenen Inrotulation die Acta selbst vor complet erkannt, und den Mangel keinesweges angemerket, demnach anjetzo weder restitutionem in integrum suchen, noch die darauf ertheilte Bescheide einer Nullität beschuldigen kann; So haben wir vorigen Bescheid bestätiget.

IX.

In inrotulatione actorum contra tria collegia iuridica protestari, singulis litigatoribus licet.

X.

Peccat iudex, qui acta ad collegium ab altera parte exemtum mittit.

XI.

Sententia tamen propterea non est nulla, sed, nisi per appellationem impugnetur, res iudicata fit.

XII.

Digitized by Google

XII.

Tunc vero ſententia nulla eſt, quando collegium exemtum ſimul ſuſpicione laborat.

XIII.

Collegium, quod ſecundum alterum litigatorem iam reſpondit vel iudicavit, ſuſpectum eſt.

Egregium eſt & ſalubre admodum beneficium transmiſſionis actorum, ac optima ratione in Germania receptum, quidquid contra diſputet *Ventura de Valentiis in Parthenio litigioſo lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 19. *ſqq.* Quam transmiſſionem quando decernit iudex, ſolet ante omnia partes ad inrotulationem citare. In iſta inrotulatione permittitur partibus, contra collegia aliquot proteſtari. Nec cogitur proteſtans cauſſam proteſtationis ſuæ allegare, aut iusiurandum perhorreſcentiæ offerre. Ne tamen hæc licentia in infinitum extendatur, moribus ſtabilitum eſt, ut ſinguli litigatores tria ſaltem collegia eximant. Si quis plura nominat, proteſtatio eius impune negligitur. Vide *Ludovici* Einleitung zum *Civil-Proceſs cap.* 24. §. 11. Proteſtationis autem legitime factæ rationem iudex habere, nec acta ad collegium exemtum mittere debet. Peccat ergo iudex, qui hoc facit. Veruntamen ſententia ipſa propterea nulla non eſt, ſed per appellationem, ſupplicationem, leuterationem vel reſtitutionem in integrum impugnari debet. Quod ni fiat, res iudicata efficitur, quemadmodum ſupra in *Specimine VI. de Reſponſis prudentum medit.* 9. oſtendi. In qua ſententia etiamnum perſto, &, ut perſtem, moveor argumento *Novellæ* 126. *cap. ult.* ex qua colligo, poſſe iudicem, qui proteſtationem neglexit, puniri & ad intereſſe conveniri, ſalva tamen ſententia, per quam adverſario ius quæſitum fuit. Tunc tamen ſententiam etiam nullam dico, quando collegium

gium exemtum iusta suspicione laborat, *cap.* 41. §. 1. *X. de Appellationibus*. Exemplum talis suspicionis est, si collegium iam olim in ea caussa respondit vel iudicavit, arg. c. 36. *X. de Appellationibus*, item *Recessus imperii de anno* 1654. §. 113. Impie ergo & nulliter fecisse credo senatum illum aulicum, qui apud *Rennemannum de Transmissione actorum cap.* 6. §. 9. acta ter, obtinente licet maxime altero litigatore, ad idem collegium misit. Ceterum pro illustrandis thesibus meis adiiciam responsum a nobis mense Septembr. anni CIↃIↃCCXIX. exaratum: Dieweil Happach und dessen Ehefrau bey voriger Transmission mehr als drey Collegia auszunehmen nicht befugt gewesen, also der Obrigkeit, die Acta an die Leipziger Iuristen-Facultät, wo die Sache vorhin nicht gewesen, zu senden, billig frey gestanden; So hat Happachens und seiner Frauen Suchen der Unkosten halber nicht statt, sondern sie müssen alles dasjenige, was fol. 203. und 204. angesetzet ist, und hiermit auf ein und sechzig Reichs-Thaler, 12. Groschen gemäßiget wird, nebst den jetzigen Urthels-Gebühren und Bothen-Lohne erlegen. V. R. W.

COROLLARIA.

1. *Iudex petitionem partium in conclusione factam impune negligit, atque ultra, quam submissum fuit, aliquando iuste iudicat.* Dixi in dissert. de Non necessaria sententiæ ad libellum conformatione §. ult. *Adde* L. 39. §. 2. in f. C. de Appellationibus.

2. *Partes post conclusionem in caussa responsa iuridica actis addere possunt, non etiam alia, quæ ad caussæ decisionem aliquid momenti adferre possunt, e. g. tabulas genealogicas, ichnographicas &c.* Dixi in Specim. CXIV. de Finibus regundis medit. 5.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. I.

DE

RELATIONIBVS AD PRINCIPEM.

I.

Relationes ad principem in cauſſis iudiciariis ius civile probibet.

II.

Ius canonicum permittit.

III.

Easdem Germaniae noſtrae & provinciarum eius ſtatus nonnunquam exigit.

IV.

Praeter neceſſitatem tamen non ſunt adhibendae.

V.

Octo caſus, in quibus relationes ad principem neceſſariae ſunt, recenſentur.

Intricata admodum quaeſtio eſt, an & quousque magiſtratibus & tribunalibus liceat aut neceſſe ſit, de litibus apud ſe pendentibus, antequam ſententiam ferant, ad principem referre. Iuris Romani conditores mire

Digitized by Google

circa eam variarunt. Priſcis temporibus relationes ad principem frequentes admodum fuiſſe, vel ex *libro X. epiſtolarum Pliniarum*, qui totus fere ex iſtiusmodi relationibus ad Traianum & Traiani reſponſionibus conſtat, item ex *titulo C. de Relationibus* apparet. Sed Iuſtinianus etſi ab initio veteres de relationibus leges probarit codicique ſuo inſeruerit, mutavit tamen deinde ſententiam atque in *Novellæ* 113. *cap.* 1. *&* *Novell.* 125. relationes omnes, præterquam ſi de lege ipſa dubitaretur, prohibuit. Multi ergo cum *Weſembec. in Oeconom. iur. ad Nov.* 125. & *Stypmanno de Referendariis cap.* 1. *n.* 64. credunt, novas has Iuſtiniani leges etiamnum in uſu, atque relationes ad principem extra caſum iuris dubii vetitas eſſe. Verum, ſi ius canonicum ſpectes, hoc, relicto novellarum iure, ius codicis reduxit, atque in *c.* 68. *X. de Appellationibus* clare ad *titulum C. de Relationibus* provocavit. Igitur & exempla relationum ad pontificem & reſponſorum ab iis datorum plurima paſſim occurrunt. Quod Romanæ curiæ exemplum etiam aliorum principum curias ſequutas eſſe, *Schilterus in Exerc.* 1. *ad π.* §. 18. teſtatur. Et profecto, etſi ius canonicum non haberemus, Germaniæ tamen noſtræ & ſingularum provinciarum ſtatus relationes ad principem neceſſarias ſæpe facit, ut *Novella* 125. in uſum reduci nulla ratione queat. Quin in Saxonia noſtra leges ipſæ relationes ad principem ſæpe præcipiunt, e. g. die Erläuterte *Proceſs*-Ordnung *tit.* I. §. 6. 14. *&c.* Diſpiciendum itaque ſaltem eſt de caſibus, quibus relationes ad principem neceſſariæ ſunt. Nam extra neceſſitatem eas adhibere nunquam conſulerim. Eos caſus aliquando ſcripto complexus ſum, in quo tamen, ut verum fatear, ſtylum ſaltem meum commodavi, materiam autem omnem mihi ſuggeſſit vir quidam illuſtris, cuius laudationem ego, ſi ea brevis eſſe poſſet, hic ſuſciperem. Sed inſeram ſcriptum integrum: Es wird gefraget, ob und in was vor

vor Fällen ein dem geheimden Rathe subordinirtes Collegium an den Landes-Herrn oder an den dessen Person vorstellenden geheimden Rath Relation abzustatten schuldig sey. Diese Frage gründlich zu erörtern, ist um so viel nöthiger, da ich bisher aus den mir unter Händen gekommenen Acten wahrgenommen, daß die Unter-Obrigkeiten, Iustiz- und andere Collegia aus Mangel einer genugsamen Richtschnur entweder in excessu oder in defectu pecciret. Beydes ist höchst schädlich, und gefährlich. Das allzu öftere Anfragen zeiget eine grosse Furchtsamkeit, Mangel der Auctorität und Diffidenz gegen sich selbst an, ist auch dem Landes-Herrn und dessen höchstem Collegio selbst verdrießlich, und bringet öfters gantz ungedultige Rescripta und Verweise, daß man den Herrn und seine geheimde Räthe so viel und ohne Noth behellige, zu Wege, wie ich von dergleichen ungedultigen Antworten über 50. Exempel in Actis angemercket. Es hemmet auch dieses unabläßige Anfragen einigermassen den Lauf der Iustiz, und darf man nur lesen, wie sich *Monzambano cap.* 5. §. 21. über des Reichs-Hof-Raths sein öfters fiat votum ad Cæsarem mocquiret, ingleichen die wider diese Relationes des Reichs-Hof-Raths von den Reichs-Ständen gemachte und durch die Wahl-*Capitulationen Ferdinandi III. artic.* 44. *Leopoldi artic.* 42. *Josephi art.* 41. und *Caroli VI. art.* 16. in etwas gehobene gravamina. Dahingegen thun auch diejenige zu wenig, und greiffen einigermassen in die höchste Landesherrliche Iura, welche in allen auch den wichtigsten Sachen lediglich nach ihrem Kopfe ohne alle Anfrage verfahren, und dadurch nicht allein sich, sondern zuweilen den Herrn selbst in Gefahr und Verdrießlichkeit setzen. Also ist eine gewisse Regel auszufinden, welche alle Zweifel heben und die Sache recht fest setzen könne. Dergleichen Regul nun treffe ich nirgend in den geschriebenen Rechten an. Denn was wegen des Reichs-Hof-Raths in *Ferdinandi III.* Reichs-Hof-Raths-Ordnung *tit.* 5. §. 7. und in *Caroli VI.* Wahl-*Capitulation art.* 16. von dissensu des *Collegii* und von wichtigen und hoch-

wichtigen Sachen gemeldet wird, exhauriret das Werck nicht, und läst eine neue eben so zweifelhafte Frage, was unter wichtigen und hochwichtigen Sachen verstanden werde, zurück. Aus den Römischen Rechten werden gemeiniglich der *Lex* 9. und der *Lex.* 12. §. 1. *C. de Legibus* hieher gezogen, worinnen die Käysere den Obrigkeiten in dunckelen und zweifelhaften Gesetzen die Interpretation von ihnen gantz allein einzuholen anbefehlen. Aber, wenn diesem strenge nachgelebet werden sollte, so würde der geheimde Rath fast nichts sonst als mit dergleichen Interpretationen zu thun haben, nachdem wol kein einiger consessus iudicii vorgehet, in welchem nicht ein paar mal über den wahrhaften Verstand ein und des andern dunckelen Legis gestritten und unter den Adsessoribus Collegii disputiret wird. Daß man alsdenn allemal ad principem gehen solle, hat Iustinianus selbst nicht gewollt, sondern vielmehr auf den mentem und die eigentliche Intention des Gesetz-Gebers *L.* 19. *de Legibus*, und fürnemlich auf die Billigkeit zu sehen, *L.* 8. *C. de Iudiciis*, und aus diesen fontibus die zweifelhafte Leges zu determiniren anbefohlen. Diesemnach müssen wir ein anderes Principium hervorsuchen. Dasselbe nun werden wir am allerbesten in der Regierungs-Verfassung der teutschen Fürstenthümer und Lande finden. Es ist nemlich in denen alten Zeiten und noch zu Anfang, ja in der Mitte des siebenzehenden Sæculi in den meisten Chur- und Fürstenthümern nur ein einiges Collegium gewesen, dessen Ober-Haupt der Landes-Herr selber war, und worinnen alle Regierungs- Iustiz- Kirchen Cammer ꝛc. Sachen entschieden und untersuchet wurden. Als aber durch den Osnabrückischen Friedens-Schluß die superioritas territorialis auf einen viel höhern Fuß gesetzet, der Land-Stände iura geschwächet, ja theils Orten gar aufgehoben, und den Fürsten freyere Hand mit ihren Nachbarn und selbst mit auswärtigen Herren Bündnisse und Verträge zu schliessen gelassen worden, so seynd die Geschäfte mehr als 10. mal so starck angewachsen, und ist dem höchsten Consilio unmöglich gefallen, alle vorkommende Sachen zu expe-

expediren. Diesemnach ist es gezwungen worden, andere subalterne Collegia, oder auch in engern territoriis eintzele Personen zu con- oder vielmehr zu substituiren, und einem derselben die Iustiz- dem andern die Cammer- dem dritten die Kirchen- dem vierten die Krieges- dem fünften die Closter- dem sechsten die Hofhaltungs- dem siebenden die Bergwerck- dem achten die Jagd- und Forst-Sachen aufzutragen, ihm selbst aber die hauptsächlich und directo die superioritatem territorialem betreffende Affairen vorzubehalten. Kraft dieser Verfassung hat nun jedes Collegium freye Macht, alle in sein Departement laufende Sachen ohne Rückfrage zu expediren und die dabey vorfallende Streit-Fragen zu entscheiden, und ist lediglich alsdenn schuldig, vorher relationem ad principem und dessen geheimden Rath abzustatten, wenn vorfallende Sachen hauptsächlich und directo die superioritatem territorialem, die Wohlfahrt des gantzen Landes und die Personal-Dignität des Fürsten betreffen. Ich habe mit größtem Bedacht die Worte hauptsächlich und *directo* gesetzet. Denn, wenn ich diese ausliesse, so würde die Anfrage in allen Fällen nothwendig seyn, nachdem alle Iustiz- Cammer- Kirchen- Krieges ꝛc. Sachen in die Superiorität und des Landes Wohlfahrt einschlagen, und salus publica fast bey allen Dingen vorgeschützet wird. Allein dieses geschiehet meistens nur indirecte und minus principaliter; also ist nicht nöthig, in denselben allezeit ad principem zu recurriren, sondern es bleibet lediglich bey obangezogener Regul, welche keine Restriction, Exception oder Limitation leidet. Nur wird nöthig seyn, dieselbe durch Special-Fälle zu erläutern. Diesemnach erfodere ich die relationem ad principem 1. wenn die vorfallende Sache die iura des Fürsten, in Ansehung des Kaysers, des Reichs oder anderer Könige und Fürsten betrift, folglich gedachten Landes-Herrn mit andern Potentaten collidiren oder in Ungedult und Weitläuftigkeit stürtzen kann, z. E. wenn der abusus appellationum an die höchste Reichs-Gerichte eingeschrenket, Repressalien wider die benach-

barte Fürsten gebrauchet, Auslieferung eines Delinquenten oder Gefangenen von denenselben begehret, Recommendationes pro promovenda iustitia oder Intercessiones an sie abgelassen, Beschwerungen über die von ihnen gethane Eingriffe geführet werden sollen, rc. 2. Wenn die vorfallende Sache auf den Verlust oder Verkürtzung eines der höchsten iurium regalium, die Schmälerung des Territorii, Einziehung der Landes-Grentze, Spielung eines wichtigen Cammer-Guths oder Amts in die Hände eines privati abzielet. Ausser diesen Fällen, und wenn die Sache blos das Interesse principis, ohne daß salus publica dadurch in Gefahr komme, betrift, so kann das Collegium ohne Anfrage schlechterdinges nach den Gesetzen urtheilen, *L. un. C. de Conductoribus & procuratoribus*, *L. 3. C. de Conveniendis fisci debitoribus*, und wird ein gerechter Fürst auf dergleichen Relationes, die ohne Noth in den zwischen ihm und seinen Unterthanen streitigen Sachen abgestattet werden, eben das antworten, was der Kayser Antoninus *in L. 3. de his quæ in testamento delentur* den Advocatis fisci antwortet: Vos habitis iudices vestros: gestalt denn zu solchem Ende in den Ordnungen der höchsten Reichs- und anderer Fürstlichen Territorial-Gerichte die Assessores in den das Kayserliche oder Fürstliche Interesse betreffenden Sachen von ihrer dem Oberhaupte geleisteten Pflicht loßgesprochen werden, also ohne Bedenken und Rück-Frage wider den Herrn sprechen können. Bey solcher Bewandniß brauchet es keiner Relation, wenn ein Vasall mit dem Fürsten über die Jagd-Gerechtigkeit, Gerichtsbarkeit rc. eine Dorfschaft oder Bauer mit der Cammer oder dem Amte über die Dienste, Hut und Weide, ein anderer privatus über Schuld-Geld und dergleichen Sachen cum principe streitet; wol aber, wenn eine Stadt, Commun oder Vasall eine Exemtion von den allgemeinen Landes-Beschwerden und der Ober-Bothmäßigkeit, das ius circa sacra, die Gerechtigkeit Zölle anzulegen, Contributiones auszuschreiben prætendiret, oder der Besitzer eines in einem benachbarten Fürstenthume hegenden

den Gutes, Aecker, Wiesen, Holtz, welches bisher ein Unterthan dieser Lande besessen, als zu seinem Gute und zu seines Herren Territorio gehörig, vindiciret. 3. Wenn in einer Sache zwey Fürstliche Collegia mit einander de finibus regundis, oder in wessen Departement solche eingentlich laufe, collidiren. In solchem Falle, und da auf beyden Seiten Argumenta vorhanden seynd, thut keines von beyden Collegiis recht, daß es sich die Cognition und Entscheidung anmasset, und sein eigener Richter wird, indem die Bestellung der Collegiorum und die Setzung der Grentzen von selben ein Stück der superioritatis territorialis ist. 4. Wenn die Worte des Gesetzes, nach welchen gesprochen werden soll, an sich deutlich seynd, gleichwol deren Application augenscheinlich mit der Billigkeit oder dem gemeinen Besten streitet. In solchem Falle von dem Lege abzugehen, und denselben gleichsam zu ändern, gehöret ad legislatoriam potestatem, und ist Unter-Obrigkeiten oder subaltern-Collegiis nicht vergönnet, sondern stehet lediglich dem Fürsten und seinem höchsten Rathe zu, *L. 1. C. de Legibus.* 5. Wenn das Collegium nöthig und dem Lande nützlich findet, den bisherigen in den Gesetzen oder der Gewohnheit gegründeten modum procedendi zu verbessern und etwas Neues einzuführen, oder etwas Altes abzuschaffen, z. E. wann ein Iustiz-Collegium eine bisher übliche aber unnütze solemnitatem Processus aufheben, den Advocaten neue Regeln vorschreiben wollte. 6. Wenn in einer Sache ein Fürstl. mit der Billigkeit, Wahrheit oder dem bono publico streitendes Rescript ausgewürket und insinuiret wird. Es vergönnen zwar die Römische Rechte einer Obrigkeit, dergleichen Rescripta auch privata auctoritate zu verwerfen, *L. 2. §. 6. C. si contra ius vel utilitatem publicam, Novella 82. cap. 13.* Allein das Ius Canonicum hat diese Vergönstigung längst aufgehoben, und zuförderst Relation an den Scribenten abzustatten anbefohlen, *cap. 5. X. de Rescriptis, cap. 28. §. 2. X. de Officio & potestate iudicis delegati.* Und ich weiß Exempel, daß Obrigkeiten, welche

welche von der Aenderung des Iuris Canonici nichts gewust, und sich der in den Römischen Rechten befindlichen Freyheit bedienet, auf die Finger geklopfet und Strafe dictiret worden. 7. Wenn privati wegen einiger gegen den Fürsten oder dessen hohe Familie ausgestossenen Schmäh-Worte bestrafet werden sollen, indem öfters die Fürsten ihrer und ihres Hauses Reputation convenabler finden, dergleichen Iniurien zu vertuschen, und nicht etwa durch öffentliches Bestrafen in der Leute Mäuler zu bringen, vide *L. un. C. Si quis imperatori maledixerit*. 8. Wenn ein Fürstl. Minister oder eine andere in grosser Dignität stehende Person wegen eines begangenen Delicti capitaliter gestrafet oder mit der Tortur beleget werden soll, weil das Publicum und der Fürst selbst bey dem Leben einer solchen Person hauptsächlich interessiret ist, *L. 27. §. 1. 2. de Pœnis.* Ausser diesen jetzt erzählten Fällen kann ich vor der Hand keinen sehen, worinnen ein Collegium relationem ad principem abzustatten nöthig habe.

COROLLARIUM.

Magistratibus inferioribus in litibus privatis decidendis magistratum superiorem de facto consulere interdicit, sed saltem de iure dubio quærere permittit, ceteroquin, prout religio suggerit, sententiam proferre præcipit Vlpianus in L. 79. §. 1. de iudiciis. *Sed mutavit hoc, quod ad caussas criminales,* Carolus V. *atque in* Constitutione sua criminali *plus centies, inprimis tamen in* art. 219. *magistratus inferiores a superioribus consilium expetere iussit.*

SPE-

SPECIMEN CCCCLXVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. I.

DE

CONCEPTIONE SENTENTIAE.

I.

Iudex in concipiendis ſententiis interloquutiones, quantum poteſt, evitare atque definitive iudicare debet.

II.

Poteſt iudex, etſi partes contra proteſtentur, definitive iudicare.

Inter cauſſas, quae diuturnitatem litium efficiunt, referri oportet multitudinem interloquutionum, quas iudices aliqui atque integra etiam collegia & tribunalia tantopere amant, ut definitive iudicare, quantum poſſunt, ſtudioſiſſime evitent. Variae ſunt, quibus ad hoc impelluntur, rationes. Peſſima eſt avaritia, qua moti lites extrahere atque per hoc ſportulas ſuas augere laborant. Proxima huic eſt deſidia. Quum enim conceptio definitivarum ſententiarum plus laboris poſcat, ut hunc effugiant vel differant tamen, quidam ICti interloquuntur ſaltem. Animadverto hoc quotidie in concurſibus creditorum, aut quando de redditis rationibus iudicandum eſt. Tunc ii, quos iudicare oportet, etſi cauſſa plene inſtructa ſit, malunt

tamen effugium interloquendo quærere. Itaque vel meliorem probationem in nonnullis capitibus, vel legitimationem exigunt, vel commiſſarios ad rationes accuratius examinandas conſtituunt. Tertia ratio eſt timiditas. Ea ſæpius in cauſſis criminalibus conſpicitur. Adſedi ego ICto ſummo & legum peritiſſimo, qui quoties homicidæ, furi, raptori, adultero &c. ultimum ſupplicium dictandum erat, trepidabat, & anxie in actis circumſtantiam aliquam, quæ interloquendi occaſionem præberet, veſtigabat, inventamque lubens adprehendebat. Sed & in cauſſis civilibus timiditas ſubinde interloquutiones parit, tunc nempe, quum ſententia definitiva ſine offenſione principis, purpurati aut alterius magni hominis ferri nequit. Quartus interloquutionum fons eſt ignorantia & imperitia, quæ facilius interloquendo tegitur, ex ſententiis autem definitivis confeſtim elucet. Quintus ſcrupuloſitas & ſolicita nimis ſolemnium iudiciariorum exactio. Videas aliquando, in cauſſa liquidiſſima, & cuius deciſio in oculos incurrit, iudicem tamen definitivam differre ideo, quod vel lis non ſatis ſpecialiter & accurate conteſtata, vel probatio articulis conſuetis non comprehenſa, vel documenta aliquot nondum rite recognita fuerunt. Dedecent hæc omnia cordatum bonumque virum, qui nunquam interloquitur, quando ipſam cauſſam dirimere confeſtim poteſt, & apices ac ſolemnia proceſſuum aliquando negligit, quum id ſalva iuſtitia & æquitate fieri poſſe videt, quin imo ipſorum litigatorum voluntati nonnunquam refragatur, id quod ei in *Auth. Iubemus C. de Iudiciis* permittitur. Exemplum eiusmodi iudicii invenies in ſententia a ICtis Helmſtadienſibus menſe Iulio anni CIↃ IↃ CC XXVI. concepta: Daß Klägere in der Reviſion weiter nicht zu hören, und die angeſtellte Intervention keine ſtatt habe, Klägere auch und Intervenientin die weiter nach letztem Urthel verurſachte Unkoſten Beklagtem zu erſtatten ſchuldig ſeynd.

B.

Digitized by Google

V. R. W. Rat. dec. In dem letzten Leipziger Urthel seynd beyde, so wol wegen des Incident-Puncts, als in der Haupt-Sache, eingewandte Revisionen verworfen, und dawider von Klägern kein Remedium gebrauchet worden. Zwar wenden dieselbe jetzo vor, gedachtes Urthel gehe ultra submissionem, und sey demnach in so weit null und nichtig, da in der Haupt-Sache noch nicht concludiret gewesen. Alldieweil aber Klägere bey Deduction ihrer in der Neben-Sache eingeführten Gravaminum und der darauf erfolgten Submission die Merita der Haupt-Sache völlig tractiret und vor Augen geleget, also zugleich die Gravamina in solcher Haupt-Sache deduciret, demnach die Urthels-Fasser auf die nur zum Aufenthalt der Sache abzielende unzulängliche Submission und nicht genugsam geschehene Conclusion zu sehen, mithin lediglich über den Neben-Punct zu erkennen nicht nöthig gehabt, sondern gleich secundum acta & probata in der Haupt-Sache sprechen und gar ultra submissionem gehen können; So seynd Klägere mit ihrer Revision weiter nicht zu hören.

III.

Adsessor iudicii acta sine præsidis auctoritate referre non debet.

IV.

Si secus facit, sententia nulla est.

Concipiuntur sententiæ in collegiis & iudiciis, prævia relatione. Circa quam quid observandum sit, non male explicuit *Stypmannus* integro *de Referendariis & eorum officio in legendis actis* libello. Præcipuum est eius libri *caput* 4. quod *de vocatione referendariorum & iuramento* inscribitur, sed melius de partibus officii in referendario, quæ ibi exponuntur, inscribi potuisset. Miror tamen, Stypmannum quid omisisse, quod referendario suo ante omnia præcipere debuisset, scilicet, ne is sibi ipsi acta referenda sumat, sed a præside collegii exspectet. In omni-

 bus

bus enim collegiis præcipuæ præsidis partis sunt, ut acta distribuat & labores inter adsessores dispertiantur. Ergo adsessores sine præside privati sunt, & acta referre ac sententias concipere non debent, *Novella* 60. *c.* 2. atque, si id faciunt, gravissimam propensionis in alterutram partem suspicionem incurrunt. Accedit usus summorum in Imperio nostro tribunalium. De iudicio aulico sic *Ferdinandus III.* in der Reichs-Hof-Raths-Ordnung *tit.* 4. *pr.* Die Austheilung und Vornehmung der Geschäften und Sachen, wie auch die Benennung und Anordnung der *Referenten*, solle, da nicht etwan von uns eine sonderbare Verordnung gethan würde, wie an unserm Kayserlichen Cammer-Gericht gebräuchig ist, beschehen, und ohne solche *Assignation* und ausdrückliche Anordnung solle keiner unserer Reichs-Hof-Räthe ihm einige *Supplication*, geschweigens eine gantze Sache, vor sich selbsten zu sich nehmen, oder Acta aus der Cantzley abfordern. De iudicio cameræ vide den *Visitations*-Abschied vom Jahre 1579. §. 3. verbis: Was das *referiren* und *votiren* anlangen thut, soll niemand einige *Acta*, so ihme mit Vorwissen des Herrn Cammer-Richters durch die Leser *ad referendum* nicht zugestellt, zu *referiren*, oder darin *Præiudicia* zu suchen, oder sonsten unter andern Schein bey den Lesern, *Protonotarien* oder *Notarien* zu erfodern gebühret, sondern man solle in diesem Amt und sonderer anbefohlener Verrichtung keinem fürgreifen. Quam superiorum iudiciorum praxin inferiora, uti sequi necessum habent, ita sequuntur etiam. Si quis igitur adsessor sine præsidis auctoritate acta sibi referenda sumit, contra solitum iudiciorum ordinem adeoque nulliter agit, *L.* 4. *C. de Sententiis & interloquutionibus*. Sic igitur mense Augusto anni CIↃIↃCCXXVII. privatim consultus respondi: Weil der Verfasser des gravatorischen Abschiedes wider die Observanz nicht allein der illustren Regierung sondern auch anderer Collegiorum, und insonderheit der höchsten Reichs-Gerichte, worinnen dieses sehr nach-

drücklich

drücklich verboten ist, sich der Abfassung solchen Bescheides eigenmächtig angemasset, ohne, daß ihm die Acta von dem Herrn Directore zugestellet worden, mithin hierunter contra solitum iudiciorum ordinem gehandelt, so wird nach Anleitung des *L.* 4. *C. de Sententiis & interloquutionibus* solcher Abschied ex capite nullitatis billig angefochten.

V.

Litigatores tunc, quum caussa in collegio referenda, & sententia concipienda est, membrum aliquod tanquam suspectum recusare, utque id suffragium nullum ferat, postulare possunt.

VI.

Hoc tamen sine iusta caussa non licet.

VII.

Exceptio suspecti collegæ legitime opposita hunc macula quadam adspergit.

Bedenken über die Frage, wie weit einer streitenden Parthey vergönnet sey, einem und dem andern Membro des iudicii exceptionem suspecti zu opponiren, und desselben Abtritt zu verlangen. Die Frage An hat ihre unstreitige Richtigkeit, und vergönnen unsere Rechte in *c.* 10. *X. de Foro competente*, so gar ein gantzes Collegium als verdächtig zu recusiren, demnach vielmehr ein oder das andere Membrum desselben zu verwerfen und dessen Abtritt zu begehren. Also ist nur zu erörtern, wie weit sich diese Vergönstigung erstrecke. Da antworte nun kürtzlich: sie habe anderer Gestalt nicht statt, es sey denn, daß derjenige, der sich ihrer gebrauchet, zugleich eine erhebliche Ursach seines Verdachts anzeige, und auf Erfodern beweise. Denn 1) ist nicht allein den

geschriebenen Rechten, sondern auch der natürlichen Vernunft gemäß, daß niemand seinen ihm vorgesetzten Richter, oder, welches einerley, den Beysitzer des Gerichts, dem er unterworfen, ohne Ursach verwerfen könne. Diese Ursach muß er nothwendig anführen, und, da nöthig, bescheinigen. Widrigenfalls, und, da man einem, seinen Richter nach Belieben zu recusiren, frey stellete, würde es eben so viel seyn, als wenn man einem, der hengen sollte, die unumschränckte Gewalt liesse, alle ihm anständige Bäume zu verwerfen, indem derjenige, welcher seiner Sache nicht viel zutrauete, gleichfalls in alle rechtschaffene Richter und Beysitzer einen Verdacht setzen, und deren Iudicio sich entziehen würde. Nächstdem habe ich 2) in meinen *Meditationibus ad π. Specim.* 67. *de Iudice suspecto Medit. I.* gezeiget, daß die exceptio suspecti allemal zu dessen, dem sie opponiret wird, Verkleinerung gereiche, und gleichsam eine levis notæ maculam involvire. Dieses will ich nun jetzo noch deutlicher darthun. Es ist ausser Zweifel und so gar natürlichen Rechtens, daß niemand in seiner eigenen Sachen Richter seyn könne. Dahin rechne ich nicht allein, wenn er selbst Actor oder Reus ist, sondern, wenn er aus der Sachen Nutzen oder Schaden erwartet, oder dieselbe einen andern, mit welchem er, in Ansehung der genauen Verbündniß, gleichsam eine Person ist, z. E. seinen Vater, Sohn, Frau, Bruder betrift, oder, wenn er in einer Sache ehemalen als Procurator oder Advocat gedienet, oder, wenn über die Gerechtigkeit eines in ersterer Instanz gesprochenen Urthels gestritten wird, und der Unter-Richter zugleich Beysitzer des Ober- oder Appellations-Gerichts ist. Allein in diesen Fällen ist die Exceptio suspecti unnöthig, sondern der Richter oder Beysitzer soll nach der Reichs-Cammer-Ordnung *P. I. tit.* 13. §. 13. und der Reichs-Hof-Raths-Ordnung *tit.* I. §. 18. von selbsten abtreten. Thut er es nicht, so soll es ihm der Præses des Collegii heissen. Diesemnach ist in der exceptione suspecti jederzeit ein solcher Vorwurf enthalten: Dieser Mann hat entweder, wenn die Ursach offenbar ist, nicht die Bescheidenheit von selbsten

selbsten abzutreten, oder, daferne ein heimlicher Verdacht vorhanden, nicht so viel Ehrlichkeit, daß er unpartheyisch urtheile, sondern seine Ehrlichkeit wird durch Affecten, Freundschaft, Feindschaft, Geschenke 2c. überwogen. Dieses gereichet nun nothwendig zu des Suspecti Beschimpfung, und daher wollen auch die Ordnungen der höchsten Reichs-Gerichte, insonderheit der Cammer in §. 13. & 14. des obangezogenen 13. *Tituls* nicht, daß derselben Adsessoribus exceptio suspecti opponiret werden solle, sondern gebieten nur, allen Verdacht zu vermeiden, niemanden sie zu recusiren Ursach zu geben, und, da dergleichen unumgängliche Ursach vorhanden, freywillig abzutreten, oder, daß die Procuratores dem Præsidi den Verdacht in geheim anzeigen, und dieser den Verdächtigen aufstehen heisse, zu gewärtigen. Ferner 3) würden die Beysitzer durch dergleichen schimpfliche Recusationes, wenn solche ohne Grund und Ursach zugelassen werden, stutzig gemacht, und alb gezwungen, in Sachen dessen, von dem sie die Recusation befürchten, favorabler und gelinder, als die Rechte erfodern, zu urtheilen. Weiter 4) bekäme derjenige, der die Freyheit alle Assessores des Iudicii ohne Ursach zu suspectiren hätte, Macht, einen jeden ehrlichen und unpartheyischen Mann abtreten zu heissen, und nur diejenige, deren Beyfall er sich gewiß versprechen könnte, beyzubehalten. Allenfalls 5) müste doch dem Gegentheile eben dergleichen freystehen. Wenn nun dieses die andere Membra, wie vermuthlich, gleichfalls suspectirte, so bliebe zum Gelächter der ganzen Welt gar kein Iudicium übrig, und würde es dem Præsidi gehen, wie einesmals einem Richter in dem Bischofthum Osnabrück, da dem die Partheyen transmissionem actorum verlangten, jedoch der Kläger als Evangelisch, alle Catholische Vniversitäten, der Beklagte als Catholisch, alle protestantische Vniversitäten eximirte. Bey solcher Bewandniß ist offenbar, daß eine Parthey, sie sey so vornehm, als sie wolle, keinen Beysitzer ohne erhebliche Ursach verwerfen könne, sondern solche Ursache entweder öffentlich an und ausführen, oder, da sie dessen Bedencken hätte, wenigstens nach dem

Stylo

Stylo der Cammer dem Præsidi in geheim anzeigen und auf dessen Verlangen bescheinigen müsse. Die Ursachen selbst müssen obgedachter massen erheblich und nicht etwa bloß in der caprice und den Gedancken dessen, der sie vorbringet, gegründet, sondern aus der Zahl derer, welche die Rechts-Lehrer, so die doctrin de suspecto iudice erklären, pro legitimis recusandi iudicis caussis achten, genommen seyn. Uebrigens, und weil doch die Rechte das iusiurandum perhorrescentiæ statt des Beweises der Suspicion zulassen, so müste solches auch gegen einen Beysitzer des Gerichts statt finden.

COROLLARIA.

1. Urthel cuius generis? neutrius, non feminini. Sed tamen, nescio quo errore, generis feminini in plerisque Germaniæ provinciis factum est. Audiamus *Leibnitium in Collectaneis etymologicis Part. 1. §. 310. sq.* Sonst sind wol einige Zweifel bey uns vorhanden, darüber gantze Länder von einander unterschieden und Cantzeleyen selbst gegen Cantzeleyen streiten, als zum Exempel, was für Geschlechts das Wort Urthel sey. Im Reiche, beym Reichs-Hof-Rathe, beym Reichs-Cammer-Gerichte und sonst ist Urtheil weiblichen Geschlechts, und saget man, die Urtheil; Hingegen in denen Ober-Sächsischen Gerichten spricht man, das Urtheil. Die Urtheil hat nicht allein die höchsten Gerichte, sondern auch die gröste Zahl vor sich. Das Urtheil aber beruft sich auf den Sprach-Grund oder *Analogie.* Dann weil Theil nicht weiblichen Geschlechts, und ehe gesaget wird das Theil, als die Theil, *in singulari.* so sollte man meynen, es müste auch ehe das Urtheil, als die Urtheil heissen: Doch der Gebrauch ist der Meister.

Digitized by Google

2. Male facit iudex, & ſuſpectum ſe quodammodo reddit, qui quum alteruter litigator acta ad collegium iuridicum mittere petit, ipſe pronunciat. Sententia tamen ſic lata propterea non eſt nulla, præterquam in octo caſibus, quos recenſui in *Specim. VI. de Reſponſis prudentum medit. 6.*

3. In iis provinciis, in quibus magiſtratus patrimonialem iurisdictionem habentes proprias etiam cauſſas in ſuis iudiciis tractare poſſunt, ſententias tamen ipſi concipere non poſſunt, ſed a collegiis iuridicis expetere debent, niſi forſan adverſarius ipſe in hoc conſenſerit. Dixi in *Specimine LXVIII. de Iudice in propria cauſſa medit. 4. 5.*

4. Princeps in propria cauſſa ipſe quidem poteſt ſententiam ferre, ſed melius id non facit. Dixi de hoc copioſiſſime in *Specimine LXIX. de Principe in propria cauſſa iudicante medit. 4. ſqq.*

SPECIMEN CCCCLXVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. I.

EXPLOSIO

POPVLARIS ERRORIS

DE

NECESSARIA SENTENTIAE AD LIBELLVM CONFORMATIONE

PVBLICE DEFENSVM

D. II. MAII cIↄ Iↄ CC XXVI.

A

IOANNE GOTTLIEB LEYSERO

SANGERHVSA-THVRINGO

IN TRIBVNALIBVS, QVAE DRESDAE SVNT, ADVOCATO, IVRIVM DOCTORE.

I.

De erroribus popularibus in genere, & seculi nostri in iis revelandis felicitate.

Nulla est disciplina, nulla ars, quæ erroribus popularibus non infestetur. Populares scilicet errores appello eos, quibus non soli de vulgo homines decipiuntur, sed qui universali quodam contagio tantum non omnes infecerunt, atque ad illos etiam, qui doctiores & sapientiores videntur, pervaserunt. Regnant istiusmodi errores in theologia, regnant in medicina, regnant

gnant in hiſtoria, regnant in literatura, regnant in philoſophia. Nec iurisprudentia noſtra intacta manſit. Quin immo olim ea his erroribus adeo ſcatuit, ut ii maximam eius partem effecerint, pauxillumque, quod ſanum eſſet, reliquerint. Quantulum enim erat, quod ſanum potuiſſet dici iis temporibus, quibus, ut *Cynus* loquitur *ſicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorabant gloſſatores pro evangeliſtis*, quibus iureconſulti pecorum ritu, ſi ita loqui licet, ſequebantur antecedentium gregem, euntes, non quo eundum erat, ſed quo ibatur. Imminutus quidem eſt deinde errorum horum numerus, deturbato Accurſio & exſtincta gloſſæ tyrannide; ſed imminutus ſaltem, non ſublatus. Remanſerunt plurimi & ad noſtram usque ætatem perrepſerunt, tanta nonnulli felicitate, ut & lynceos ſubtiliſſimorum cenſorum oculos effugerint, & conſtante conſenſu pro veris & indubiis regulis venditati ſint. Noſtra demum, parentumque noſtrorum ætas paulo ſagacior aliquos eorum retexit, facemque nobis accendit, ad quam demum, multa ex iis, quæ nobis a maioribus tradita fuerunt, cum recta ratione, cum analogia iuris pugnare, cognovimus. Profecto nonnulla, de quibus veteres vel dubitare nefas duxeruut, falſa eſſe, hodie tam aperte videmus, ut miremur etiam, potuiſſe ea unquam ab aliquo credi. Accidit igitur hodie multis priſcis iurium interpretibus idem, quod tempore renaſcentium bonarum literarum ſcriptoribus aliquot Latinis, quorum dictio ſuo ſeculo elegans habita eſt, ſed qui Erasmi ætate vix inter Latine loquentes recipiebantur. Vide *Eraſmum in Ciceroniano pag*. 73. Idem, inquam, plurimis ICtis veteribus accidit, quorum principia olim plenam fidem habuerunt, hodie exploduntur, exagitantur, ridentur. Multum itaque ICtis his, qui vulgo ob rerum novarum ſtudium male audiunt, iurisprudentiam noſtram debere fateor. Quamvis enim non omnia commen-

Digitized by Google

menta ipſorum probem, atque nonnunquam eos contradicendi ſtudio abreptos cuncta veterum etiam bene dicta damnare animadvertam, tamen, dum cuncta accuratius examinant, in multis verum, quod latuit, detegunt, & errores populares revelant.

II.

Opinio de neceſſaria ſententiæ cum libello conformitate popularis error eſt.

Ad populares errores refero quoque communem opinionem, qua, ſententiam iudicis libello conformem eſſe debere, tradunt. Hanc regulam: ſententia nulla eſt, niſi libello conformis ſit; tironi mihi præceptores mei inculcarunt, hanc ex compendiis iuris ad ediſcendum mihi propoſitis hauſi, hanc in commentariis interpretum inveni, hanc mihi in forum deducto cauſſarum patroni, cum quibus diſputo, quotidie occinunt, hanc iudices & ICti, qui ſententias ferunt, vel concipiunt, inter rationes decidendi ponunt. Atque tamen has ipſas ſententias tam parum ſæpe libello reſpondere, animadverto, ut regula iſta imbutus ab initio crediderim, ſententiarum harum fabricatores prima iuris principia ignorare. Propoſui dubium meum Præſidi, ICto, tam in tradendis genuinis iuris principiis, quam in detegendis popularibus erroribus ſumma cum laude hactenus verſato. Is vero non ſuſtulit illud, ſed auxit etiam, dum ſancte affirmavit, ſe aliquando computum ſententiarum, quas variorum tribunalium & collegiorum adſeſſor elaboraverit, iniiſſe, & inter tria aut quatuor millia non bene ducentas inveniſſe, quæ libello undique convenerint. Motus his regulam ſupra memoratam penitius inſpexi & excuſſi, totamque illam erroneam eſſe, & vel ex LL. male intellectis, vel præpoſtere applicatis profluxiſſe, tandem deprehendi. Induxi ergo animum, iſtud qualicunque hoc ſcripto ante omnium ponere oculos, quod ante me nemi-

nem

Digitized by Google

nem fecisse sciam. Iuvit institutum meum mirifice præses, atque inprimis exempla sententiarum & responsorum, quæ passim interspersi, suggessit ac suppeditavit.

III.

Originem eius erroris ad barbaros iuris Romani commentatores referri oportet.

Origo huius, sicut plerorumque aliorum errorum, ad barbaros ICtos, qui primi ius Romanum restitutum ineptis commentariis suis conspurcare cœperunt, referenda est. Hi inter cetera brocardica, quibus tanquam nitidis gemmis sua scripta distinxerunt, hoc etiam effinxerunt: sententia libello debet esse conformis. Placuit id successoribus tantopere, ut parum de fundamento eius soliciti confestim illud reciperent, atque porro discipulis traderent, hi vero tanquam pretiosissimum thesaurum susciperent, constantique successione ad nostra usque tempora servarent. Inventi etiam sunt, qui gemmam hanc porro expolirent, hoc est, variis ampliationibus & limitationibus exornarent. Et ne quis aliquid contra sacrilegio ausu tentaret, anathema adiecerunt, nempe iudicem, qui regulam hanc negligeret, fatuum fore, horrisono decreto sanciverunt. Indicem auctorum omnium, qui regulam ipsam probarunt, anathemati subscripserunt, & ampliationes aut limitationes repetierunt aut novas excogitarunt, nectere nec volo, nec possum, quum omnes omnino conspirare animadvertam, & ipse fere cohorrescam ad tot tantaque nomina, quæ congesta sunt in *Barbosæ thesauro locupletato lib.* 17. *cap.* 20. *axiom.* 5. in *Martini processu tit.* 34. §. *un. n.* 92. *sqq.* & in *eiusdem Analectis forensibus ad h. l.* quæ tamen nec centesimam eorum, quæ allegari poterant, partem efficiunt.

IV.

Pugnat hic error cum iure naturæ.

Interim famosi istius brocardici adoratores non dubitant ad

iurium & legum auctoritatem provocare. Investigare igitur oportet, num ius reperiatur, quod regulam istam stabiliat. In iure naturæ nihil, quod ad eam trahi possit, reperio. Iudiciaria potestas paternæ potestati accuratissime convenit, ut egregie monet *Grotius de Iure belli ac pacis lib. 2. cap. 24. §. 2.* At vero, quis non rideret patrem, qui, liberis suis invicem dissidentibus mutuasque sibi iniurias inferentibus, potestatem suam interponere, nisi imploratus, non auderet, aut imploratus nihil ex æquitate & animi sui sententia statueret, sed ad verba eius, qui primus querelam detulerit, alligatus ultra procedere nollet, exspectaretque tacitus, donec is, qui questus fuit, vel preces suas inepte prolatas emendet, vel omissa suppleat, vel novas preces fundat. Ni fatuum huiusmodi patrem dixeris, ipse profecto fatuus eris. Ergo & iudex, qui in iure dicundo tam scrupulosus esse vellet, non iudex erit, sed caudex & stipes, qui, nisi moveatur, per se motum non habet.

V.

Opinio hæc pugnat cum iure divino scripto.

Pergo ad ius divinum scriptum. In eo magistratus & iudices Dei vicem gerere & Dei iudicium exercere dicuntur, *Deuteron. I*, 17. 2 *Paralip. XIX*, 6. *Rom. XIII*, 4. quin subinde ipsi dii appellantur. At sacrilegium profecto foret, Deum iudiciaque eius ad formulas, ad supplicationes, ad preces alligari, contra ea, quæ ipse de se testatur apud *Iesaiam XI*, 3. *Iobum XXXIV*, 11. & in *Psalmo VII*, 10.

VI.

Communis hic error non convenit iuri anteiustinianeo.

VII.

Ostenditur, iurisprudentiam formulariam a Constantio imperatore saltem quod ad litigantes sublatam esse, magistratus vero iam tum in libera republica potestatem ex animi sui sententia iudicandi habuisse.

Sequi-

Digitized by Google

Sequitur ius Romanum, ad quod vulgaris brocardici inventores ac propugnatores potiſſimum provocant. Quodſi his priſca iurisprudentia Romana, quæ poſt exactos reges aliquantisper ſtetit, cognita fuiſſet, ex illa eos regulam ſuam hauſiſſe, fortaſſis crederem. Convenit ea videlicet accuratiſſime cum famoſis iſtis legum actionibus, de quibus Pomponius in *L.* 2. §. 6. & 7. *de Origine iuris* agit, quasque *Cicero in Orat. pro Murena cap.* 11. 12. & *de Oratore lib.* 1. *cap.* 55. tam ſalſe ridet. Oportebat nempe olim actores formulas actionum a magiſtratibus impetrare, oportebat viciſſim iudices in ſententiis ſuis iſtas formulas preſſe ſequi, ſeu, ut verbis *Ciceronis pro Murena cap.* 12. utar, non aliquid ſua ſponte loqui, ſed compoſitum abſurdum carmen cantare. Iſtis itaque temporibus ſententia libello non poterat non conformis eſſe. Verum enim vero hanc formulariam iurisprudentiam ad Iuſtiniani tempora non perveniſſe, ſatis certum eſt. Quin imo iam ante Cæſarem & Auguſtum magiſtratuum in iudicando poteſtas liberior eſſe cœpit. Binæ enim leges, quæ in *titulo C. de Formulis & impetrationibus actionum ſublatis* & in *titulo C. Th. de Omiſſa actionis impetratione* comparent, & iuris formulas radicitus amputant, non ad iudices pertinent, ſed ad actores ſolos, qui ad iudicium provocantes non illico aut temere ad id proſiliebant, verum, magiſtratu prius adito, actionem poſtulare, petere, impetrare tenebantur, ita quidem, ut, cui actionem prætor non dediſſet, ſola non impetratæ actionis exceptione ab adverſario, ſi iudicio contenderet, repelli poſſet. His, inquam, actoribus ineptam iſtam neceſſitatem primus remiſit non Conſtantinus iunior, ut *Schilterus in Exerc. ad π.* 2. *in additam.* putat, nec Theodoſius, cui *Iac. Gothofredus ad L. un. C. Th. de Omiſſa actionis impetratione* hoc adſcribit, ſed Conſtantius. Eum enim *legis* 1. *C. de Formulis & impetrationibus* auctorem eſſe, ex anno 342. &

con-

consulibus Constantino III. & Constante II. in subscriptione additis apparet, quum Constantinus iam anno 340. Acyndino & Proculo consulibus interfectus fuerit. Magistratibus tamen ut parem gratiam faceret Constantius, opus non erat. Hi enim iam in libera republica cantores formularum atque aucupes syllabarum esse disierant, & non secundum formulas, nisi forsan iudicis pedanei & ad formulam dati essent, nec secundum libellum propositum, sed ex animi sui sententia, prout negotii illud exigebat indoles, liberrime iudicare cœperant. Poteram hoc infinitis exemplis, quæ apud *Ciceronem* inprimis, apud *Plutarchum*, apud *Livium* & alios exstant, ostendere. Sed longum hoc foret nimis & præter instituti mei rationes. Collegit magnum huiusmodi liberrimorum iudiciorum numerum sedulus scriptor, *Petrus Aerodius in Pandectis rerum ab omni antiquitate iudicatarum*, quem vide passim, inter alia in *lib.* 2. *tit.* 17. *cap.* 1. ubi iudicium Appii Claudii & collegarum inter Lacedæmonios & Achæos ex Pausania & Livio refert, atque Achæis de sententia lata apud senatum Romanum querentibus responsum fuisse ait: *aliam iudicis, aliam legati conditionem esse, iudicem ex animi sui sententia, legatum ex formula atque ex præscripto iudicare.* Vnicum ex *Livii lib.* 3. *cap.* 72. addam exemplum totius populi Romani, qui iudex inter Aricinos atque Ardeates de ambiguo agro certantes longissime a libello recessit, atque nec his nec illis, se sibi ipsi agrum adiudicavit.

VIII.

Ius Iustinianeum iudici permittit, contra vel ultra libellum iudicare.

Quodsi itaque, ut luculenter me ostendisse credo, iam tum in libera republica & diu ante Iustinianum magistratus ex animi sui sententia iudicare, longeque a verbis & forma libelli recedere potuerunt, hanc libertatem plenius etiam sub Iustinia-

Iustiniano eos habuisse necesse est. Ego certe in toto iure Iustinianeo nullum vestigium necessitatis secundum libellum praecisse iudicandi magistratibus impositae reperio. Omnia libertatem plenissimam spirant. Ex infinitis, quae in promtu sunt, legibus excerpam saltem aliquas. Praecipua est Diocletiani constitutio, qui in *L. un. C. Vt, quae desunt advocatis partium, iudex suppleat*, iudici, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere, & proferre, quod sciat legibus & iuri publico convenire, permittit. Paulus in *L.* 6. §. 1. *de officio praesidis* praesidem, neglectis erroribus partium, id, quod convenit, eum ex fide eorum, quae probantur, sequi iubet. Zeno in *L.* 1. *C. de Plus petitionibus: Si quis*, ait, *minus, quam re vera sit, taxaverit suam litem, nec ad hoc respiciat iudex, sed in veram quantitatem calculum ferat.* Explicat hoc & firmat Iustinianus in §. 34. *I. de Actionibus: Si*, inquiens, *minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti, si, quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit, aut si, quum totus fundus eius esset, partem dimidiam suam esse, petierit: sine periculo agit. In reliquum enim nihilominus iudex adversarium eodem iudicio condemnat, ex constitutione divae memoriae Zenonis.* Paulus in *L.* 43. §. 6. *de Aedilitio edicto*, officio iudicis contineri, ait, ut, licet aestimatoria actione actum fuerit, sententia tamen secundum actionis redhibitoriae indolem aliquando feratur. Vlpianus in *L.* 17. §. 3. *de Receptis, qui arbitrium* negat tale arbitrium valere, in quo libera facultas arbitri, cuius tamen potestas longe infra iudicis potestatem est, sententiae non sit futura, & Labeo in *L.* 19. *pr. de Receptis, qui arbitrium*, qualem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere ait, dummodo dicat, quod ipsi videtur. Celsus in *L.* 38. *de Rei vind.* bonum iudicem dicit varie ex personis caussisque constituere. Iulianus in *L.* 21. *de Re-*

bus creditis prætori permittit, actorem compellere ad accipiendum id, quod a reo offeratur, quamvis id minus ſit eo, quod ille petiit, quodque vere debetur, quum ad officium iudicis pertineat, lites diminuere. Vlpianus in *L.* 55. *Familiæ erciſcundæ* ait, iudicem, etſi familiæ erciſcundæ vel communi dividundo iudicium agatur, poſſe tamen in unius perſonam totam condemnationem conferre, & adiudicare omnes res.

IX.

Diſſentientes fruſtra ad leges, quæ contrariæ videntur, provocant.

Tam claræ ſunt hæ leges, quæ iudici contra vel ultra libellum iudicare permittunt, ut mirer, dari tamen adhuc homines, qui, pro ſtabiliendo ſuo de neceſſaria ſententiæ cum libello conformitate brocardico, ad leges Iuſtinianeas provocare non erubeſcant. Sed provocant tamen, non in folle ſaltem, verum etiam ſigillatim nominant, quibus iſta neceſſaria conformitas præcipiatur. Evolvi omnes, quas allegant, &, ex iis aliquas aperte meam ſententiam iuvare, pleraſque ad controverſiam præſentem nihil facere, pauciſſimas ſaltem in ſpeciem obſtare, animadverti. Quæ primi generis ſunt, in *præcedente* §. memoratæ fuerunt. Alterum genus nec reſponſione dignor. Poſtremas in præſens examinabo.

X.

Reſpondetur ad L. 18. *Communi dividundo.*

Obſtare ſententiæ noſtræ omnium maxime videtur *lex* 18. *communi dividundo*, cuius hæc ſpecies eſt. Coheredes duo diviſionen hereditatis, in qua plura prædia ſunt, petunt. Iudex dividit inter eos prædia, ſed per errorem vel ſtultitiam uni ex his prædiis imponit ſervitutem, quam præſtet alteri prædio non hereditario. Conſultus de hac lite Iavolenus in *d. L.* 18. negat valere ſententiam, addita hac ratione,

ratione, *quia ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest.* Hæc igitur verba pro sede vulgaris brocardici, quod sententia libello debeat esse conformis, ab interpretibus venditantur. Ego vero nihil in illis reperio, quod brocardicum istud firmet. Rusticitatem enim iudicis de re alia, quam quæ in litem venit, iudicantis ius non facere, ipsa recta ratio dictitat. Verba vero illa: *quod in iudicium deductum est;* inepte ad solum libellum restringuntur. In iudicium deductum dicitur non saltem, quod libello comprehensum fuit, sed de quo ex actis & probatis etiam extra libellum constat. Patet hoc ex *L.* 25. §. 6. *de Aedilitio edicto*, ubi Vlpianus: Iudici, inquit, statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio versantur. Patet idem ex *L.* 20. *de Except. rei iud.* ubi contradistinguuntur sibi ea, quæ actor petit, & quæ iudex in iudicio sentit. Patet denique ex §. 34. *I. de actionibus*, ubi iudex tunc, quum minus in intentione sua h. e. libello, complexus fuit actor, quam ad eum pertineat, eodem tamen iudicio adversarium in reliquum condemnare iubetur.

XI.

Respondetur ad L. ult. C. de Fideicomm. libert.

Ex ceteris, quæ nobis obiiciuntur, legibus una adhuc est, quæ alicuius momenti videtur, nempe *ult. C. de Fideicommissariis libertatibus;* cuius hæc est species: Testator Marcum heredem instituit, Paulo vero servum Stichum legat sub modo, ut Paulus servum hunc legatum manumittat. Paratus est ad manumissionem Paulus, sed Marcus heres servum ei dare recusat. Adit igitur iudicem Paulus, & instituta actione ex testamento Stichum sibi dari petit. Condemnat etiam iudex Marcum, non tamen ut Stichum det, sed ut æstimationem eius persolvat. Itur ergo ad Iustinianum. Is mirari se ait, quare iudex, qui præpositus

eſt in prædicta cauſſa, non omnimodo condemnationem in ſervum, ſed in æſtimationem eius fecerit, & nullum iudicem ita fore ſtultum putat, ut huiusmodi proferat condemnationem. Itaque interpretes una voce clamant: Stultus eſt iudex, cuius ſententia libello non eſt conformis. Ego ſtultitiam iudicis, qui ita pronunciaverat, agnoſco lubens, regulam vero generalem, quam inde eliciunt doctores, non agnoſco. Peccarat nempe in eo iudex, quod, quum Stichus in obligatione eſſet, Stichus etiam in libello petitus eſſet, idem Stichus in lite ſolus fuiſſet, denique reus Stichi dandi copiam haberet, nihilominus, omiſſo unico teſtamenti, libelli, iudicii obiecto, condemnationem in rem plane aliam, ſcilicet in æſtimationem litis, protulerat. Inverte vero nunc caſum: Petit Paulus in libello, ſervum legatum ſibi dare. Marcus heres, homo pervicax, dare Stichum conſtantiſſime recuſat, &, ne invitus ad dandum cogi poſſit, occidit vel in remotiſſimam provinciam exportat, aut etiam culpa ſua, non fraude, poſſeſſionem & facultatem dandi amitit. Stultus hic foret iudex, ſi ſecundum libellum iudicaret. Condemnabit potius reum in æſtimationem litis, etſi hæc petita non fuerit, *l.* 63. & 68. *de Rei vindicat.* Vides ergo, in *L. ult. C. de Fideicommiſſariis libert.* facti magis, quam iuris quæſtionem contineri, & pro diverſitate circumſtantiarum iudicem ſtultum dici poſſe, modo qui contra, modo qui ſecundum libellum iudicat.

XII.

Nec ius canonicum iudicem ad libellum alligat.

Progredior ad ius canonicum. Huius vero conditores apertius etiam, quam iuris Romani compilatores, mecum ſentiunt. Clariſſime Alexander III. in *c.* 6. *X. de Iudiciis: Provideatis*, ait *attentius, ne ita ſubtiliter, ſicut a multis fieri ſolet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, ſed ſimpliciter & pure factum ipſum, & rei veritatem, ſecundum formam canonum*

Digitized by Google

num & sanctorum patrum instituta, investigare curetis. Deinde Innocentius III. in *c.* 6. *X. de Arbitris* arbitros iudicibus opponit, & arbitros quidem iudicare non valere, nisi de his tantum, super quibus in eos exstiterit compromissum, iudicum vero ampliorem longe potestatem esse ait. Denique Clemens V. in *Clement.* 2. *de Verborum significatione: Sententiam*, ait, *proferat, prout ex petitione, & probatione & aliis actitatis in caussa fuerit faciendum.*

XIII.

Respondetur ad c. 31. X. de Simonia.

Verumtamen & in iure canonico reperiunt adversarii, quod nobis pro tuendo brocardico suo opponant, inprimis scilicet illa Innocentii III. in *c.* 31. *X. de Simonia* verba: *Iudex officii debitum exsequatur, eo semper adhibito moderamine, ut iuxta iudicii formam sententiæ quoque forma dictetur.* At hæc verba prosunt magis nobis, quam officiunt. Nam iudicii forma libellus non est, sed per hanc potius acta & probata, quæ sine dubio sententiæ norma esse debent, significantur. Cetera, quæ ex iure canonico obiiciuntur, responsionem non merentur.

XIV.

Franci & Germani veteres etiam ius formularium habuerunt, sed tamen iudicem in ferenda sententia ad libellum nunquam adstrinxerunt.

Sequitur ius Germanicum vetus. Iurisprudentia maiorum nostrorum non minus, sed magis etiam formularia fuit, quam priscorum Romanorum. Exstant solemnes formulæ publicorum privatorumque negotiorum olim apud Francos usitatæ, a *Marculpho*, monacho seculo post Christum natum VII. collectæ, a *Lindenbrogio*, *Bignonio* & *Baluzio* editæ, & vetustiores adhuc seculi VI. formulæ, ex quibus Marculphus suas magnam partem hausisse videtur, quas *Mabillonius*

billonius sub Dictatorum Andegavensium titulo in *Analectorum tomo quarto* vel secundum recentissimam editionem *unico p.* 3?8. *sqq.* edidit. Ineptiores longe in iis libellorum & exceptionum formulæ, quam *Brissonius* ex Romanis antiquitatibus eruit, occurrunt. Scio quidem, *Schilterum in Exerc. ad Pand.* 2. *Additam.* I. nolle has Francorum formulas cum Gnæi Flavii legis actionibus in eo comparare, quod & in istis vel levior aliquis error nullitatem pepererit, quum non conveniat hoc simplicitati veterum Francorum & Germanorum legislationis. Sed Schilterus veteribus Germanis plus simplicitatis, quam illi vere habuerunt, tribuit. Inspiciamus saltem prisca iura Saxonum, ac, quæ in illis præscribuntur, ridiculum ordinem & absurda solemnia processuum. De iudicio feudali res manifesta est ex Lehn-Recht *c.* 65. & 68. ubi tot solemnes ritus & formulæ litigantibus præscribuntur, quæ neque utilitatem aliquam præstant, neque sine gravi incommodo observari possunt. Excerpsit singularia ista processus feudalis Saxonici *Berlich. P. I. Concl.* 62. & *Benedictus Reinhard* im kurtzen Bedencken, welcher massen nach Verordnung Sächsischer Lehn-Recht und Gebrauch dieser Land-Art ein Mann-Lehen-Gerichte mag geheget, bestellet und gehalten werden. Atque ea, teste *Schradero de Feud. P.* 10. *sect.* 8. *n.* 35. *sqq.* adeo sunt necessaria, ut pro forma substantiali & essentiali processus reputentur, ac, omisso uno, totus processus nullus sit. De formulis, quæ in vindicatione bonorum allodialium adhibebantur, vide *Spec. Sax. lib.* 3. *art.* 21. & *Weichbild. art.* 69. De iis verbis ac formulis, quibus is, qui alterum de vulneratione aut violatione accusabat, uti necessum habebat, vide *Spec. l.* 1. *a.* 63. ubi additur: Verschweiget er der eins, so hat er den Kampf verlohren. Imo tantus erat hac in parte Saxonum rigor, ut, si quis etiam per errorem quid in iudicio dixisset aut a formula aberrasset, errorem hunc corrigere non posset,

ſet, ſed exinde obligaretur. Clara ſunt verba *Spec. l.* I. *a.* 60. Ohne Vorſprechen mag ein Mann wol klagen und antworten, ob er ſich des Schadens erwegen will, der ihm davon kommen mag, als ob er ſich verſpreche, daß er ſich des nicht erholen darf. Porro & iudicibus in exercendo iudicio formulæ, a quibus recedi nefas erat, præſcriptæ erant. Sed iſtæ formulæ ad formam ſaltem & externa ſolemnia iudicii pertinebant, ipſam vero ſententiam non ingrediebantur, quam iudex ex æquitate & arbitrio ſuo concipiebat, nec ad libellum aut ad petitionem actoris alligatus erat. Nec enim hanc neceſſitatem magiſtratibus a Germanis impoſitam fuiſſe uſpiam reperies. Quamobrem regula illa de conformitate ſententiæ cum libello etiam cum inſtitutis & iuribus maiorum noſtrorum pugnat.

XV.

Leges imperii iudicibus a libello recedere permittunt.

Succedunt recentiora imperii iura, ex quibus unicus mihi locus, quem ex *Receſſu imperii de anno* 1551. §. 31. 32. petam, ſufficiet. Iubentur in illo iudices, neglecto plane libello, ſi is inepte fuerit conceptus, quod æquum iuſtumque ſit, decernere & defectum libelli ſupplere.

XVI.

Iura itidem Saxonica electoralia iudicibus a libello recedere permittunt.

Reſtat ius Saxonicum electorale. Id vero ſententiæ meæ magnopere obſtare videtur. Sic enim Elector in *Ord. proc. tit.* 34. Weil, inquit, hierinnen die Rechte klare Maaſſe geben, worauf *in concipiendis ſententiis* zu ſehen, daß dieſelben dem *Libell* oder dem *negotio*, ſo *in iudicium deducirt* worden, wie auch denen *actis* und *probatis* gemäß ſeye, und von dem *iudice in facto* nichts *ſuppliret*, ſo wol auch, wie mit *Publication* derſelben verfahren werden ſolle, ſo achten wir hierin

weit-

weitläufftige Verordnung zu thun, unnöthig. At hæc ipsa verba, si recte inspiciantur, dubium ipsum, quod ex iis moveri poterat, resolvunt. Iubetur in illis iudex coniunctim ad libellum, ad negotium in iudicium deductum, ad acta & probata respicere, &, his omnibus rite consideratis, sententiam ferre. Idem Clemens V. pontifex in *Clement.* 2. *de Verborum signif.* iubet. Et hoc ipsum est, quod nos quoque inculcamus. Nunquam diximus, iudicem in iudicando nullam libelli rationem habere debere. Absonum hoc foret profecto. Ratio utique libelli habenda est, ita tamen, ut magis ad indolem negotii, quod in iudicium deductum fuit, ad acta & probata respiciatur. Quodsi hæc cum libello pugnant, iudex impune a libello recedit, atque hæc potius sequitur. Igitur tantum abest, ut sententia, quæ libello non convenit, iure Saxonico reprobetur, ut potius ex hoc ipso loco, posse iudicem aliquando in sententia ferenda a libello recedere, colligamus. Sed dubium omne tolletur, si cum hoc loco *decisionem electoralem* 13. conferas, in qua potestas hæc iudici claris verbis tribuitur. Quod vero *in dicta Ordinat. proc. tit.* 34. porro dicitur, iudicem in facto nihil supplere debere, hoc rectissime explicat *Zieglerus*, qui iura Saxonica omnium optime intellexit, & ipse ab electore ad ea condenda adhibitus fuit. Sic autem ille *in Dicastice concl.* 34. §. 7. *Supplere*, ait, *in facto; quæ formula loquendi alias duplici in sensu apud doctores invenitur. Alter is est, quando scil. iudex ad factum addit, & fingit atque præsupponit, taliter factum fuisse, de qua tamen qualitate aut additamento plane nihil ex actis apparet. Alter est, quando dicunt, posse suppleri a iudice, quæ desunt, non quidem per modum fictionis, & ex imaginariis præsuppositis in factum illatis, sed per modum explicationis, maioris dilucidationis, &, ut eruatur atque in cognitionem veniat id, quod re vera factum est, etsi a parte non allegetur.*

Digitized by Google

getur. *Vltimus hic supplendi modus nec prohibitus est, nec ad unc inspectionem pertinet.* Clarius hæc explicat *in sequenti onclus.* 35. atque fatetur, iudicem, si certo ipsi de facti vetate extra acta constat, posthabitis actis, ex scientia & onscientia sua iudicare debere. Ceterum *Ord. proc. Sax. ecognita*, uti multa ambigua explicuit, & in melius salu-errime mutavit, ita hanc maxime libertatem, quam & nos udici tribuimus, egregie stabilivit, eamque, etsi nobile ius officium imploratum non fuerit, locum habere iussit *d tit.* 5. §. 1.

XVII.

Doctores aliqui nobiscum sentiunt.

Antequam progredior, respondendum est iis, qui ex unanimi doctorum & interpretum consensu adversus me rgumentabuntur. Sat scio, apud cordatos viros & æquos erum arbitros istud argumentum parum ponderis habitu-um. Si qui tamen sunt, qui eo adversus me utentur, his go inprimis Iustiniani effatum in *L.* 1. §. 6. *C. de Veteri re enucleando* opponam: *Sed neque ex multitudine auctorum, uod melius & æquius est, iudicatote, quum possit unius deteoris sententia & multas & maiores in aliqua parte superare.* Deinde, etsi non negem, communem de necessaria sentenæ cum libello conformitate opinionem tam altas egisse adices, ut, qui eam directo convellere & exstirpare ausus t, vix reperiatur, attamen fuere, qui hoc indirecte facent, dum ipsam quidem regulam vulgarem admiserunt, undem tamen tot exceptionibus & limitationibus involveunt, ut plane enervarent. Fecit hoc *Brunnemannus in Prossu civili cap.* 27. *n.* 23. *sqq.* Quin & *Zieglerus* in locis, quæ *præcedente* §. memoravi, re ipsa mecum sentit. Ait ille *onclus.* 34. iudicem omissa iura & exceptiones, in *Conclus.* ero 35. factum etiam ex certa scientia supplere posse.

 Admit-

Admittit itaque pleniſſimam libertatem a libello recedendi, & contra vel præter illum iudicandi.

XVIII.

Summa ſententiæ noſtræ præponitur.

Quæ quum ita ſint, rem totam & ſententiæ meæ ſummam paucis verbis complectar, ut confeſtim id, in quo omnis negotii cardo verſetur, appareat, nec quisquam mihi logomachiam imputare poſſit. Scilicet iudex ſententiam laturus ante omnia quidem libellum inſpiciet, ex eoque, quid actor petierit, cognoſcet, deinde vero naturam negotii, quod in iudicium deductum eſt, ante oculos habebit, poſtea acta & probata accurate conſiderabit, & perſpecto ex iis facto ſecundum iura & æquitatem, quæ in *L.* 8. *C. de Iudiciis* iuri ſcripto præferri iubetur, iudicabit, rationem vero libelli aliter, quam quousque is cum indole negotii actisque & probatis convenit, non habebit. Igitur, ſi petitionem actoris vel cum negotii natura, vel cum actis & probatis, vel cum iuſtitia aut æquitate pugnare animadvertat, liberrime ab eo recedet, & vel aliud plane, quam quod petitum eſt, vel alio modo decernet, vel actorem ipſum, ſi hoc æquuum videatur, condemnabit.

XIX.

Exemplum illuſtriſſimum in hereditatis petitione.

Nunc ad alteram diſſertationis meæ partem accedo, veritatem eorum, quæ propoſui, exemplis roboraturus. Occurrit vero in hoc ipſo, in quo nunc vivimus, ſeculo illuſtriſſimum. Nota eſt lis funeſtiſſima, quæ, mortuo Carolo electore Palatino, a ſorore eius, Eliſabetha Charlotta, Aurelianenſium ducis uxore, Philippo Wilhelmo & poſt huius fata Iohanni Wilhelmo, ſucceſſoribus in electoratu, mota, & a Ludovico XIV. Galliarum rege inter cauſſas præcipuas, ob quas Germaniam anno 1688. bello invaderet, poſita fuit. Quæ lis libello tantisper ſopita Rysvici, quum

quum de pace ageretur, recruduit, transigique tunc nulla ratione potuit. Tandem in *tabulis pacis Rysvicensis art.* 8. sic convenerunt partes: *De iuribus, seu prætensionibus dominæ Ducessæ Aurelianensis convenit, ut res secundum formulam compromissi a Sacra Cæsarea Maiestate & Sacra Regia Maiestate Christianissima tanquam arbitris iuxta leges & constitutiones Imperii decidatur, illis vero in sententia discordibus, Papæ tanquam sub arbitrio decidenda deferatur.* Et habuit etiam illa res effectum. Nam quum Imperator Friderico Bindero & rex Galliarum Vlrico Obrechto arbitrium hoc delegassent, illi vero prorsus invicem dissentirent, necesse fuit, ad pontificem confugere, qui dicto per delegatos suos superarbitrio litem composuit. Exhibet acta ista *Franckenbergius* im Europäischen Herolde *P.* 1. *p.* 304. *sqq.* & plenius longe *Cassander Thucelius in P.* 3. der Reichs-Staats-Acten vom *XVIII. Seculo c.* 3. *p.* 161. *sqq.* Adquieveruut in pontificis sententia partes omnes, nec, quantum scio, repertus huc usque est ICtus, qui nullam illam aut iniustam diceret. Atque tamen libello prorsus non est conformis. Petierat in libello, quem *Thucelius pag.* 171. *sqq.* exhibet, ducissa actrix, sibi ante omnia instrumenta & documenta cuncta, inprimis inventaria sive descriptiones universæ successionis a fratre relictæ edi, deinde allodialia, supellectilem omnis generis, vestes, stragula, peristromata, margaritas, vasa aurea, argentea, pecuniam numeratam, vina, frumenta, equos, greges, armenta, nomina, iura, actiones, prætensiones, allodialia immobilia & allodialibus per constitutiones imperii & secundum Germanicæ iurisprudentiæ regulas accenseri solita, urbes, oppida, prædia alio titulo, quam feudi masculini nomine, a fratre & maioribus suis possessa, emtione, donatione, testamento aut alias adquisita, prædia tam emphyteutica, quam oppignorationis nomine comparata, dominium directum tam bonorum emphyteu-

Digitized by Google

phyteuticorum, censiticorum aliorumque similium, quam feudorum, ab alio feudo dominante non dependentium, feuda vacantia & dominio directo consolidata, iura territorialia, accessiones & incrementa feudis masculinis adnexa, bona per confiscationem aut alio quovis modo simili adquisita, bona ecclesiastica seculari usui restituta, feuda hereditaria, ditiones & prædia in feudum erecta, pureque & absque mentione lineæ masculinæ concessa, aut sequioris sexus beneficio comparata, feuda oblata, feuda emta, feuda pignoratitia, reditus anni 1685. cum fructibus, interesse & omni caussa restitui. Contra reus elector in litis contestatione apud *eundem Thucelium pag*. 205. *sqq*. se ab omni actione male instituta absolvi, & iustitiam sibi in puncto non minus deteriorationis, per fratrem maioresque actricis bonis electoralibus illatæ, quam damni, interesse & expensarum administrari flagitarat. Tulere singuli subdelegati sententiam invicem diversissimam, utramque tamen petitioni in libello & reconventione factæ convenientissimam, condemnatoriam alter, alter absolutoriam, teste *Thucelio pag*. 250. Igitur ad pontificem maximum recurritur, cuius commissarii longissime ab utraque petitione recesserunt, ac reum actrici pro omni ac toto eo, quod hæc ex quacunque caussa & titulo prætendere potuit, in summam scutorum ter centum mille monetæ Romanæ condemnarunt, referente *Thucelio pag*. 358. Damnabunt hanc sententiam forte rigidi conformitatis istius inter libellum & sententiam exactores propterea, quod illa nec libello convenire videatur, nec indoli actionis institutæ, hereditatis scilicet petitioni, in qua iudex rem ipsam cum fructibus restitui iubere debet secundum §. 2. *I. de Officio iudicis*. At enimvero, quod ad pugnam cum libello attinet, hanc satis excusabunt, quæ supra dixi; quod vero ad naturam hereditatis & formulam sententiæ a Iustiniano præscriptam, noluit

Digitized by Google

noluit profecto Iustinianus iudices ad formulas, quas in *titulo I. de Officio iudicis* commemorat, sic alligari, ut potestatem eas, si iustitia & æquitas hoc suadeat, mutandi ademerit. Nam in illo ipso §. 2. quid in rei vindicatione iudicandum sit, determinat Iustinianus, & tamen in *L.* 68. *de Rei vindicat.* aliter etiam iudicari permittit, atque, hoc generale esse, & in omnibus sive interdictis, sive actionibus in rem, sive in personam, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habere, addit. Inprimis vero huc pertinet *lex* 55. *Familiæ erciscundæ*, in qua iudex, neglecta formula in iudicio familiæ erciscundæ usitata, quam in §. 4. *I. de Officio iudicis* reperies, in unius personam totam condemnationem conferre & omnes res adiudicare posse dicitur.

XX.

Iudicis potestas circa libellos ineptos.

Nusquam iudex sententiam laturus libellum securius negligit, quam, ubi ille inepte conceptus est. Benigniores profecto sunt hodie hac in parte magistratus & ICti, quam superioribus seculis fuerunt, qui nulli peccato in libelli conceptione commisso veniam dederunt, sed sæpe ob verbum perperam positum totum libellum damnarunt, atque fere ius aliquod formularium in fora reduxerunt. Questi iam sunt de nimia hac severitate alii, inprimis *Strykius*, qui eam Saxonibus maxime obiicit, dum sic *in Notis ad Lauterb. p.* 21. ait: *Formulæ tandem abrogatæ sunt per titulum C. de Form. & impetr. act. sublat. Sed nescio, an non magnam partem reductæ in Saxonia, dum ibi sæpissime pronunciatur:* Daß die Klage, immassen sie angebracht, nicht statt habe. Nec inficias ibo, Saxones olim, dum accurati & iusti, quam humani & æqui esse maluerunt, huic culpæ succubuisse. At certe iam diu alia in Saxonia rerum facies est, & tam summa tribunalia, quam ICtorum collegia libellos ineptos, si modo ulla ratione queunt, sustinent, erroresque

 com-

commiſſos, quantum poſſunt, nec ſecundum libellum, ſed ſecundum indolem negotii in iudicium deducti, æquitatem, acta & probata iudicant. Et oportet etiam ſic iudicari. Claræ ſunt leges, quæ id iubent, ſcilicet *lex un. C. Vt, quæ deſunt advocatis partium, iudex ſuppleat. cap.* 6. *X. de Iudiciis, Receſſus imperii de anno* 1551. §. 31. 32. &, quam nuper potentiſſimus Poloniarum rex in Saxonia ſua promulgavit, *nova ordinatio proceſſus tit.* 5. §. 1. & 2. Poteram varia huiusmodi iudiciorum in Saxonia etiam mea ætate meque cauſſam orante redditorum exempla adferre. Sed ſatis erit, ad ea provocare, quæ Præſes meus, qui ipſe olim in Saxonia ius dixit, & de iure reſpondit, commemorat in *Specimine ad π. XXXVII. de Vitiis libelli ſanabilibus.* Addam his aliud ex reſponſo ICtorum Helmſtadienſium ad civitatem, quæ iure Saxonico utitur, Quedlinburgum ſcilicet, exarato. Inſtituerat nempe actor in cauſſa, quam ordinario iudicio peragi oportebat, proceſſum exſequutivum, petitionemque ita, ut in hoc proceſſu fieri ſuevit, conceperat. Reus exceptionem non rite formati libelli oppoſuiſſe contentus litem conteſtari noluerat, ſed tamen, antequam in cauſſa concluderet, ICtos Helmſtadienſes menſe Februario anni CIↃIↃCCXXV. conſulebat, num recte feciſſet. Prævidebat nempe, ſibi obiectum iri iura tam imperii quam Saxoniæ, quæ exceptionibus peremtoriis eventualem litis conteſtationem ſubiici diſtricte iubent, atque detrectanti hoc condemnationem in expenſas minantur. Ille vero ſe tuebatur §. 2. *Ord. Proc. Sax. tit.* 11. in quo reo exceptionibus dilatoriis indubiis munito litis conteſtationem differre permittitur. At ICti Helmſtadienſes, quamvis exceptionem non rite formati libelli eatenus admitterent, ut iudicem non ſecundum illum, ſed ſecundum naturam negotii iudicare debere dicerent, nihilominus, quia libellus non plane reiiciendus erat, conſulenti, ut litem adhuc conteſtare-

testaretur, suaserunt. Hat Honorius die Frau von Altamira, wegen eines an ihn den Herrn Kläger mit Lehnherrlichen Consens der Frau Beklagten auf 3000. Reichs-Thaler hoch verpfändeten und durch Absterben des ehemaligen Vasalli oppignorantis vor kurtzer Zeit erledigten, auch bereits an einen neuen Lehn-Mann verliehenen Lehn-Guts, actione hypothecaria belanget. Als nun hochgedachte Frau Beklagte dawider exceptionem non rite formati libelli vorgeschützet, so wird anfänglich zu wissen verlanget, ob diese Exception gegründet sey, und man sich eines obsieglichen Urthels zu getrösten habe. Nun wird zwar obgedachte Exception zu behaupten angeführet, es sey actio hypothecaria ihrer Natur nach ordinaria, Herr Kläger hingegen habe so gleich recognitionem documenti gefodert, und so dann um die Possession des verpfändeten Gutes gebeten, mithin Processum exsequutivum angestellet, da doch weder die Possession ihm in dem Consens-Briefe verschrieben, noch die Frau Beklagte, welche das erledigte Lehn schon wieder an einen andern verliehen, selbsten in possession sey, überdies vielgedachtes Lehn extra territorium liege, folglich desselben possession zu Quedlinburg in foro plane incompetenti gesuchet werde. Alldieweil aber, und wenn auch der exsequutiv-Proceß hier nicht füglich angestellet wäre, der Libell gleichwol dadurch nicht gäntzlich über den Hausen gehet, sondern von dem Richter benigna interpretatione sustiniret und in der Sache ordinarie procediret wird; So glauben wir nicht, daß die künftige Urthelsfasser auf die vorgeschützte exceptionem non rite formati libelli das Absehen richten werden. Es wird also der Anwald wohl thun, wenn er vor Abfassung des Urthels annoch mit einer Schrift einkommt, und darinne vorstellet, daß seine hohe Principalin zwar ihrer angeführten exceptioni non rite formati libelli beständig inhærire, und darauf zu erkennen bitte, gleichwol aus Verlangen, die Endschaft dieses Processes und Verdrießlichkeit bald zu sehen, sich eventualiter auf

die

die Klage einlasse und den von ihr ausgestellten Lehnherrlichen Consens darvor recognoscire, demselben jedoch exceptionem sub & obreptionis, non sequuti implementi und nullitatis entgegen setze, mithin sie von angestellter Klage zu entbinden verlange.

XXI.

Potest iudex processum ordinarium in summarium convertere.

Credunt plerique firmiter, non posse iudicem inferiorem ex processu ordinario instituto summarium facere, nisi lex vel princeps hoc eum iusserit. Ita certe *Mevius P. 1. dec.* 171. Adde *Martini Comment. in rubricam proc. n.* 122. & quos ibi allegat. Quin imo in *Ferdinandi III.* Reichs-Hof-Raths-Ordnung *tit.* 2. §. 5. iudicium imperii aulicum processum summarium partibus obtrudere vetatur. Opinio hæc duo fundamenta habet, primo errorem communem de necessaria iudicii & sententiæ cum libello consonantia, deinde *Clementinam sæpe de Verborum significat.* in qua iudici, cui pontifex caussam commisit, & in ea simpliciter, & de plano ac sine strepitu & figura iudicii procedi mandavit, modus procedendi præscribitur. Primum satis iam, ut puto, everti. Alterum infirmissimum est, & per se corruit. Neque enim inde, quod princeps aliquando iudicem summariter procedere iubet, consequitur, iudici hoc sine principis iussu non licere. Licet utique. Summarium brevemque processum iudicialis potestatis esse, Iustinianus in *L.* 31. §. 1. *C. de Iudiciis* ait. Et quamvis ordinarius institutus sit, magistratus tamen libellum in favorem actoris interpretari, atque hoc, quod ei utilius est, accipere, *L.* 66. *de Iudiciis*, processumque non satis provide institutum aut nomi-

nominatum in melius mutare poteſt, *c. 6. X. de Iudiciis.* Quod in electoratu Saxóniæ minus dubii habet, ubi magiſtratus in omnibus cauſſis ſummariter procedere iubentur in *appendice Ordinationis recognitæ* §. 1. Sed & extra Saxoniam ſic iudicandum eſt. Et ita reſponderunt ICti Helmſtadienſes menſe Februario anni CIƆIƆCCXXVI. Wir wollen uns bey der erſten Frage, ob den Urtheilsfaſſern die angeſtellte ordentliche Klage in eine ſummariſche zu verwandeln, und anders, als gebeten, zu erkennen frey geſtanden, nicht aufhalten, geſtalt freylich ein Richter das Klag-Schreiben jederzeit benignius und zum Vortheil des Klägers erklären, und, ohngeachtet dieſer eine ihm nicht vortheilhafte Action ausdrücklich benennet, nichts deſtoweniger ſeinen Spruch auf diejenige Action, welche dem Kläger nützlicher iſt, richten kann.

XXII.

De alternativis actionibus.

De alternativis actionibus optime conſtituit potentiſſimus Poloniarum rex in *Ordinat. proceſſ. Sax. recognita ad tit.* 5. §. 2. & iudicem nullam petitionis in libello factæ rationem habere, ſed, ſi hæc alternativa fuit, ubi ſimplex eſſe debebat, ſimpliciter, at, ſi ſimplex fuit, ubi alternativa eſſe debebat, alternative iudicare iubet. Æquiſſimum hoc eſt, atque iuri quoque communi, ſcilicet *L. un. C. ut, quæ deſunt advocatis partium, c. 6. X. de Iudiciis* & *Receſſui Imperii de anno* 1551. §. 32. convenit. Quamobrem ICti Vitembergenſes etiam ante novam iſtam legem reſponderunt, libellum, in quo actor unam ſaltem ex duabus rebus, quæ alternative debentur, petit, recte a iudice emendari & ſuſtineri; teſte Præſide in *Specimine XXXVII. de Vitiis libelli ſanabilibus medit.* 2. Nunc contrarium exemplum, in quo libellus ſimplex in alternativum per ſententiam verſus fuit, memorabo. Creditor, cui feudum

consensu domini pignoratum fuerat, mortuo sine heredibus masculis vasallo, quum a domino, ad quem feudum reversum erat, in possessione pignoris turbaretur, defendi se in possessione simpliciter petierat. Iudex vero dominum alternative, ut vel actorem quiete possidere sineret, vel debitum ei persolveret, condemnarat. Conquerebatur de hac sententia tanquam libello non conformi dominus. Sed adprobavere eam ICti Helmstadienses mense Februario anni CIϽ IϽ CCXXVI. Reverso enim ad dominum feudo, in cuius oppignorationem consensit, ipse debitor efficitur, ut recte ait *Strykius in Exam. iuris feud. cap.* 19. *qu.* 15. perindeque, ac vasallus ipse, si viveret adhuc, damnandus est: Ist die Frau von Altamira in einem von Altorf eingeholten Urthel, entweder das mit ihrem Consens auf die von ihr zu Lehn rührende Güter vorgeschossene Capital nebst Zinsen dem Honorio als Gläubigern zu bezahlen, oder denselben in dem Besitz der Lehn-Güter bis zu seiner Befriedigung zu lassen, condemniret, hat aber dagegen Leuterung eingewendet, und will nunmehr, ob und wie weit diese Leuterung gegründet, belehret seyn. Nun wächset daraus, daß gedachte Urthelsfasser den Kläger nicht schlechtweg nach seinem petito in dem Besitz der Güter geschützet, sondern der Frau Beklagten alternative, ihn entweder dabey zu lassen oder zu befriedigen, auferleget, hochgedachter Frau Beklagten gar kein Nachtheil zu, als welche dadurch die Election überkommt, und also mehr, als in dem Libell enthalten, erhält.

XXIII.

De rei vindicationibus.

Quomodo in rei vindicatione iudicandum sit, præcipit Iustinianus in §. 2. *I. de Officio iudicis.* Condemnandus nempe est possessor rem ipsam cum fructibus restituere. Et in hoc quoque libellus semper concipitur. At officio iudicis continetur, ab hac formula aliquando recedere, &

& actori longe aliud, quam quod petiit, adiudicare. Et tunc quidem, quum possessor rem petitam culpa vel dolo possidere desiit, res dubium non habet. Tunc enim leges ipsæ eum in æstimationem damnari iubent. Vide *L.* 63. *&* 68. *de Rei vindicat. L.* 18. §. 1. *de Dolo malo.* Sed & extra nunc casum iudici idem licebit. Exemplum adferam: Vindicabat quis a fratre prædium, dominumque se eius pro parte dimidia esse, liquido ostendebat. Contra alter frater possessor, alteram dominii partem suam esse, seque totum prædium per multos annos possedisse, atque a maximis, quibus obnoxium fuerat, oneribus atque ære alieno liberasse, probabat. Si via consueta incedere voluisset iudex, oportuisset reum damnare, ut partem prædii cum fructibus actori restitueret, impensas vero omnes deduceret. At vero hæc fructuum & impensarum computatio infinitas difficultates paritura erat, processumque multorum annorum & sumtus infinitos, qui prædii rustici, de quo litigabatur, æstimationem facile absorberent, minabatur. Præterea prædia rustica divelli non debebant ex lege. Igitur ICti Helmstadienses *legem* 55. *Familiæ erciscundæ* huc traxerunt, &, neglecto prorsus libello, reo prædium reliquerunt, sed eundem actori in certam pecuniam damnarunt mense Martio anni CIↃ IↃ CC XXIII. Daß Beklagte den Klägern überhaupt zwo hundert Thaler herauszugeben schuldig, so dann von angestellter Klage zu entbinden. V. R. W. Rat. dec. Es ist die Frage, ob Klägere das ihnen an dem streitigen Gute zustehende dominium genugsam erwiesen. Nun ist zwar an dem und erhellet aus der Zeugen Aussage, auch übrigen beygelegten Documenten so viel, daß Gebhard Riemann gedachtes Gut als ein von seinem Vater ererbtes Stück besessen, und den Besitz davon seinem Bruder, dem Lüdecken, ohne, daß man eine hinlängliche caussam transferendi dominii siehet, überlassen. Diesemnach gewinnet es das Ansehen, ob sey nach Andreas Warenbergs

Aussage zwischen Gebhardten und Lüdecken ein blosser Pacht-Contract vorgegangen, mithin das dominium bey Gebhardten verblieben, demnach das streitige Gut an seine Erben cum fructibus perceptis & percipiendis wieder abzutreten. Alldieweil aber auf Lüdecken Niemann, so wol als seinen Bruder, das Gut nach des Vaters Absterben verfället worden, auch in Actis nicht zu befinden, ob und auf was Art und Weise dieser Lüdecke abgefunden worden, folglich zu vermuthen ist, daß derselbe sein Antheil daran behalten, hiernächst nur ein Zeuge von dem vermeyntlichen Pacht etwas weiß, und der andere Beweis-Zeuge der Klägere mehr nicht aussaget, als, Lüdecke habe Gebhardten das Gut mit glatten und listigen Worten abgeschwatzet, hingegen 2. von Ilsen Niemannin endlich aufgestellte Zeugen aussagen, Gebhardt habe das Gut wegen der vielen darauf gebrachten Schulden verlassen, Lüdecke solches annehmen und die Schulden bezahlen müssen; welches denn auch an sich wahrscheinlicher, indem nicht zu vermuthen ist, daß Gebhardt sich mit blossen Worten aus dem Gute setzen lassen und dessen Erben einige Jahre dazu stille geschwiegen haben würden; so haben Klägere höchstens nur so viel, daß ihnen das halbe Gut eigenthümlich zustehe, erwiesen. Nachdem sie aber bey obangeführten Umständen die von dem Gebhardt darauf gebrachte und von Lüdecken bezahlte Schulden zufoderst wieder abtragen müssen, gleichwol wegen Länge der Zeit, das Quantum dieser Schulden auszumachen, schier unmöglich fallen möchte; So haben wir das kürtzeste und billigste zu seyn erachtet, der Beklagten, welche an des Lüdecken Stelle tritt, also das halbe Eigenthum hat, das gantze Gut zu überlassen, und die Herausgebung eines Stück Geldes, welches sie nebst den Procefs-Kosten von ihres Auctoris Erben wieder fodern kann, aufzuerlegen.

XXIV.

XXIV.

De Iudiciis familiæ erciſcundæ & communi dividundo.

Aliquoties iam mentionem *legis* 55. *Familiæ erciſcundæ* feci, poſſeque iudicem facultate ſibi per illam data etiam in aliis iudiciis & actionibus uti, dixi. Nullibi vero ea lex rectius & melius, quam in ipſis, de quibus agit, familiæ erciſcundæ & communi dividundo iudiciis adhibetur. Sæpe diviſio hereditatis aut rerum communium in libello petitur, atque etiam neceſſario petenda eſt. Sed ea tam difficilis apparet, ut pene impoſſibilis videatur. Tunc vero poteſt iudex in unius perſonam totam condemnationem conferre, & adiudicare omnes res. Optandum eſſet, ut ſæpius iſtud remedium adhiberet iudex, nec ordinariam viam ſequendo lites æternas ſuſcitari pateretur. Ego in præſens uſum *dictæ legis* 55. exemplo, quod mihi Præſes ſuppeditavit, confirmabo. Sic ſcilicet ICti Helmſtadienſes menſe Novembri anni CIↃIↃCCXXIII. iudicarunt: Daß Beklagte den Klägern auſſer der Halbſcheid der in ihrer letztern Specification angegebenen unbeweglichen Güter, annoch einem jeden 400. Reichs-Thaler zu bezahlen ſchuldig, und damit die beyderſeits gegen einander gemachte Foderungen aufzuheben ſeynd. V. R. W. Rat dec. Es hat Beklagte zu Folge der in Actis enthaltenen vielen iudicatorum und Königlichen Reſcripten ein Verzeichniß der von der Klägere Vater verlaſſenen Erbſchaft übergeben, und über deren Richtigkeit mit Klägern weitläuftig diſputiret. Ob nun wol beyde Theile ihr petitum gantz anders, als unſer Erkenntniß ausgefallen iſt, eingerichtet, geſtalt Beklagte ihr die endliche Beſtärckung obgedachten Verzeichniſſes zu verſtatten bittet, Klägere hingegen die Unrichtigkeit dieſes Verzeichniſſes genugſam gezeiget zu haben vermeynen, folglich nunmehr das ihnen rechtskräftig vorbehaltene iusiurandum in litem abſchweren wollen, bey wel-

cher Bewandniß es das Ansehen gewinnet, ob laufe unser Erkenntniß so wol dem Libell selbst, als den in actis vorhandenen iudicatis zuwider, und könne diesemnach unmöglich bestehen. Alldieweil aber ein grosser Theil der bey der Specification gezogenen Defecte von solcher Erheblichkeit zu seyn scheinet, daß entweder Klägerinn, im Fall wir die endliche Bestärckung derselben verstatten, einen unvermeidlichen Meineyd begehen, oder, daferne wir auf Supplirung socher Defecte, Beybringung der nöthigen Urkunden und Zeugnisse, deren rechtliche Untersuchung und Vernehmung einiger Zeugen interloquirten, ein noch weit aussehender kostbarer Procefs zu beyder Theile Ruin verursachet würde, hingegen, da sie doch ihres Orts dem iudicato einiger massen Folge geleistet, den Klägern das iusiurandum in litem zu verstatten, gleichfalls bedenklich ist, da zumal dieselbe bey Ziehung ihrer Defecte in vielen Stücken zu weit gehen, mithin vermuthlich ihr iusiurandum in litem übermäßig extendiren würden, übrigens der ordentliche Weg, wenn wir auf selbigem verbleiben, und auf Supplirung der Defecte, Edirung der Documente, Beweis und Gegenbeweis interloquirten, die Partheyen in grosse Kosten und einen noch viel Jahre hinaus zu spielenden Procefs stürtzen würde; So haben wir ex æquo & bono durchgegriffen, der Beklagten die Halbscheid der in der Specification enthaltenen unbeweglichen Güter gelassen, den Klägern die andere Halbscheid, welche sie von den Besitzern nach Belieben vindiciren können, zugesprochen, die von beyden Theilen offerirte Eyde ob summum periurii metum weggelassen, und die beyderseits gemachte Foderungen gegen einander aufgehoben, jedoch der Beklagten, einem jeden Kläger annoch 400. Reichs-Thaler heraus zu geben, auferleget.

XXV.

XXV.

De servitutibus.

Eadem iudicis potestas etiam ad actiones, quæ circa servitutes & iura iis similia moventur, confessoriam & negatoriam extendenda est. Fac nempe, servitutem ab aliquo vindicari, sed, constitutam esse, liquido non probari, attamen æquitatem, ut talis servitus ei constituatur, manifeste poscere. Poterit tunc iudex a libello recedere, & non super servitute constituta pronunciare, sed servitutem noviter constituere, atque actorem reo propterea in certam pecuniam damnare, *L.* 22. §. 3. *Familiæ ercisc. L. pen. pr. si servitus vindic. L.* 44. §. *ult. de legatis.* 1. Dubium de discrepantia huiusmodi sententiæ a libello iam tum removit sæpe laudatus Præses in *Specim. CIX. de Actionibus confessoria & negatoria medit.* 9. Addam nunc exemplum. Sic scilicet iudicarunt ICti Helmstadienses mense Aprili anni CIↃ IↃ CCXXIII. Würde Kläger der Beklagten sechs Reichs-Thaler, imgleichen wegen der rechtskräftig erkannten Unkosten vierzehn Reichs-Thaler bezahlen, so ist Beklagte ihm den Weg durch das alte Fuhrloch nach seinem Lande zu verstatten schuldig, und werden die übrige Unkosten gegen einander aufgehoben. V. R. W. Rat. dec. Es seynd drey Wege vorhanden, wodurch Kläger zu seinem fünf Kämpen kommen kann. Der erste gehet über die Strenge, und wird ihm von der Beklagten als unstreitig zugestanden, von ihm aber der Beschwerlichkeit und des Umschweifes halber verworfen. Der zweyte laufet durch der Beklagten Hof und ist zuweilen vom Kläger, jedoch nur Bittweise, gebrauchet worden, daß ihm also darauf kein Recht zustehen kann. Der dritte ist durch das alte Fuhrloch, welchen Kläger hauptsächlich prætendiret, Beklagte aber in Ansehung des ihrem Lande daraus zuwachsenden Nachtheils ihm nicht zugestehen will. Der beyden

letztern

letztern Wege halber ist Kläger so wol in possessorio summariissimo durch 2. als auch in possessorio ordinario durch 2. andere Urthel abgewiesen worden, erkläret sich demnach anjetzo, daferne er nicht eine beyfällige Declaration des letzteren Urthels erhalten könnte, in petitorio sprechen zu lassen. Nun ist zwar bedencklich, schlechterdinges vor Klägern in possessorio ordinario oder petitorio zu sprechen. Denn, ob ihm zwar die Aussage seiner Beweis-Zeugen einiger massen zu statten zu kommen scheinet, so wird doch dieselbe theils durch die grössere Anzahl der Gegen-Beweis-Zeugen überwogen, theils durch einen und den andern Umstand zweifelhaftig gemachet. Insonderheit giebt der eine Zeuge Barkey, auf welchen Kläger doch sich hauptsächlich berufet, ad art. 9. nicht undeutlich zu vernehmen, daß der alte Vrede den Weg durch das Fuhrloch nur aus guter Freundschaft oder iure familiaritatis, woraus als aus einer specie precarii bekannter massen kein Recht erwächset, gebrauchet. Dahingegen sagen die Gegen-Beweis-Zeugen ziemlich vortheilhaftig vor Beklagtem aus, unter andern ad Art. 6. daß Evert Brand selbst sich durch das streitige Loch zu fahren, nicht getrauet, ad art. 15. daß der Pfand-Inhaber der 5. Stücke jederzeit über die Strenge gefahren, ad interr. 53. daß der streitige Ort keine Fuhr-Trane oder Vestigium eines Weges gehabt, &c. Indessen da doch diese Gegen-Beweis-Zeugen grössentheils negativi seynd, einige auch von dem streitigen Fuhrloche gar nichts wissen, hiernächst Kläger einige gar wahrscheinliche coniecturas aus der vormaligen Lage der 5. Stücke vor deren Vertauschung, und von dem Orte, da in alten Zeiten Brands Haus gestanden, hernimmt, ferner, und was das fürnehmste, Kläger seine 5. Stücke nun in einiger Zeit nicht bestellet hat, auch, wie man aus den gantzen Acten ersiehet, ohne grosse Beschwerlichkeit über die Strenge nicht bestellen kann, in welchem Fall einem Richter frey stehet, eine neue servitut so gar durante lite gegen Erlegung

eines

eines Stück Geldes einzuführen; So haben wir der Beklagten die servitutem viæ auferleget, und das von Klägern dafür zu erlegende Geld, in Ansehung des der Beklagten daraus zuwachsenden geringen Nachtheils und der auf Seiten Klägers vorhandenen ziemlich starken Argumenten, auf eine gar leidliche Summa gesetzet.

XXVI.

De dotis & illatorum repetitione.

In actione pro dote repetenda, quæ olim rei uxoriæ dicta est, liberrimum est iudicis arbitrium. Tribuit hoc ei Iustinianus, dum actionem illam bonæ fidei esse voluit, *l. un.* §. 2. *C. de Rei uxoriæ actione*, in bonæ autem fidei iudiciis liberam potestatem permisit iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat, §. 30. *I. de Actionibus*. Et profecto intricatissimæ, quæ super repetitione bonorum ab uxoribus illatorum quotidie ventilantur, lites liberam hanc ex bono & æquo æstimandi potestatem necessario poscunt. Eæ enim, si hanc potestatem demas, æternæ & inextricabiles sæpe fient. Apparet hoc inprimis post peractam probationem illationis. Tot ea plerumque difficultatibus, tot dubiis involuta est, ut, si iudex libellum presse sequi & de singulis, quæ petuntur, sententiam ferre velit, post infinitas interloquutiones vix tamen exitum reperturus sit. Optime igitur faciet, ut, seposito libello, generaliter uxori certam pecuniæ summam adiudicet, & res ac præstationes, quæ singulatim petuntur, tacitus prætereat, arg. *l.* 55. *Famil. ercisc.* Fecerunt hoc ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIƆ IƆ CC XXII. Daß Kläger der Beklagten überhaupt 1500. Thaler heraus zu geben und selbige damit völlig abzufinden schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Es hat Kläger das durch Absterben des von Löben erledigte Lehn-Guth Brunschwig bey Königlicher Majestät ausgebeten, und wider die Löbensche Wittwe, welche solches Guth iure retentionis nach

ihres Mannes Tode in Besitz behalten, Klage angestellet, auch in dem mit ihr geführten Processe sich bemühet, ihre an das Guth gemachte Foderungen grösstentheils zu vernichten, gestalt er denn insonderheit anführet, daß Beklagte die würkliche Illation ihrer Ehe- und Paraphernal-Gelder nicht genugsam erwiesen, daß die Version solcher Gelder in feudum ganz unwahrscheinlich sey, daß, wenn es gleich damit richtig, Beklagte so wol des Eingebrachten, als des Gegenvermächtnisses halber nur die Verzinsung fodern könne, daß die 300. Reichs-Thaler Wohnungs-Gelder in dem Consense nicht ausdrücklich genennet worden. Bey solchen Umständen gewinnet es das Ansehen, ob hätte Beklagte mit ihren Foderungen abgewiesen, und dasjenige, was ja noch etwa übrig bliebe, mit den bisher vor ihr gehobenen Nutzungen compensiret werden sollen. Alldieweil aber die Illation durch die des Ehemannes Confession beypflichtende Umstände sattsam bescheiniget, und in dergleichen Fällen ohnedes starcke præsumtiones mit angenommen werden, weiter die vor der Version in feudum ohnedes militirende Præsumtion durch die von der Beklagten in ihrer letzt übergebenen Schrift angegebene Umstände kräftig unterstützet wird, denn allhier hauptsächlich auf die confirmirte Ehestiftung, worinnen der Klägerin kein Leibgedinge, sondern ihre illata sammt dem Gegenvermächtnisse in natura verschrieben worden, zu sehen ist, überdies einer Wittwen frey stehet, statt des Leibgedinges ihr Eingebrachtes sammt dem Gegenvermächtnisse zu fodern, welches ius eligendi ihr, im Fall es die Rechte oder pacta dotalia nicht ausdrücklich verbieten, nicht zu entziehen ist, nächstdem der Lehnherrliche Consens auf die ganze Ehestiftung gerichtet ist, und die Wohnungs-Gelder wenigstens in præmissis mit benennet; So haben wir nicht umhin gekonnt, vor Beklagte zu sprechen. Nun möchte es zwar scheinen, ob hätten wir ihr alle ihre Foderungen, sonderlich diejenige, worüber lehnherrlicher Consens vorhanden, zuerkennen sollen. Allein solches schlechterdinges zu thun, haben wir billiges Bedenken getragen, weil doch wenigstens

bey

bey etlichen Posten eine genauere Untersuchung statt finden möchte, zudem die Löbensche Wittwe ihres Mannes Erbin ex testamento geworden, und dessen mobilia und Inventarium behalten, auch die Früchte eine Zeitlang gehoben, also vielleicht schon einen Theil der Satisfaction erhalten, oder doch wenigstens ein richtiges Inventarium herauszugeben und Rechnung abzulegen verbunden wäre, welches aber noch einen weit hinaussehenden kostbaren Process verursachen würde. Diesemnach haben wir beyden Theilen vor zuträglicher gehalten, auf einmal durchzugreifen, und der Beklagten überhaupt 1500. Rthlr. zuzusprechen.

XXVII.

Potest iudex secundum libellum mutatum iudicare, etsi mutatio post litis contestationem facta, nec expensæ restitutæ sint.

Frequentes sunt de mutatione & emendatione libellorum lites, variæque de utraque doctorum opiniones, & exstant quoque passim leges & constitutiones. In electoratu Saxoniæ difficultates omnes extricantur optime per *Ordinat. processf. recognitam ad tit.* 5. §. 9. quæ libellum emendari semper, mutari saltem ad litis contestationem usque permittit, sed tamen hoc casu reum de novo citari & expensas omnes, quas iam fecit, illi restitui iubet. Iustissimum hoc est, verum per id æquitas ius reddentis, cui totam de emendatione & mutatione libellorum doctrinam *lex* 3. *C. de Edendo* subiicit, non excluditur. Possunt nempe tales obvenire circumstantiæ, quæ mutationem libelli etiam post litis contestationem permittunt, & actorem simul a restitutione expensarum liberant. Memorabo exemplum: Caius mercator cum Lucio institore Mevii, prævio Mevii iussu, contraxerat, & ex hoc contractu insigne damnum passus, contra Mevium, ut is sibi damnum id restitueret, actionem instituit, ac totum actionis suæ fundamentum in promissione indemnitatis sibi a Mevio facta

 ponit.

ponit. Mevius litem contestando, & Lucium institorem suum fuisse, & iussum suum praecessisse, fatetur, sed promissionem indemnitatis negat. Huius igitur probationem iudex Caio imponit. Subit hanc probationem Caius, atque articulos offert & testes nominat. Sed Mevius iis testibus exceptiones & suspiciones varias opponit. Interloquitur iudex, quosdam ex testibus admittendos, alios repellendos esse. Leuterat utraque pars, & apparet facile, quaestionem hanc praeiudicialem multum temporis & impensarum absumturam, antequam ad ipsius caussae decisionem perveniri queat. Impatiens huius morae actor tandem, malle se probationem susceptam derelinquere, declarat, atque, ut reus ex natura ipsius negotii ad damni restitutionem condemnetur, flagitat. Contra reus ad novam hanc petitionem respondere detrectat, libellum quippe mutatum, atque adeo nova citatione opus & ante omnia expensas solvi oportere, praetexens. Nec libelli mutatio negari poterat. Nam de natura negotii nihil in libello dixerat actor, atque eam ne quidem satis in illo explicarat. Ipse reus litem contestando negotium totum, ut gestum erat, perspicue narraverat, atque ex hac ipsa narratione constabat, reum, etsi indemnitatem non promisisset, ad eam obligatum esse. Itaque, quod reus postulabat, legibus & receptae in foro praxi, de qua *Brunnemannus in processu civili cap.* 5. *n.* 17. testatur, conveniebat, verum cum aequitate manifesto pugnabat. Quid enim iniquius, quam in caussa ex actis prioribus liquidissima novum libellum, novamque litis contestationem decerni? Moti his ICti Helmstadienses, & inprimis *L.* 3. *C. de Edendo* sequuti, neglecto libello, reum ex actis damnarunt, sicque mense Iunio anni CIↃ IↃ CC XIV. iudicarunt: Dieweil Klägere den übernommenen Beweis fallen zu lassen sich erkläret, so hat es dabey sein

Bewen-

Digitized by Google

Verwenden. Es werden aber Beklagte die von ihrem Factor auf 54½. Last Rocken versicherte und von Klägern an Heinrich Bormeistern bezahlte 1100. Reichs-Thaler Capital, Interesse und Unkosten den Klägern zu erstatten billig angehalten. V. R. W. Rat. dec. Nachdem Klägere sich in ihrer am 16. Februar. 1713. übergebenen Submissione inhæsiva deutlich erkläret, den übernommenen Beweis fallen zu lassen, so fället nunmehr auch der ganze Streit, so wegen admission der vorgeschlagenen Zeugen bisher geführet worden, hinweg, und kommt es anjetzo lediglich darauf an, ob Beklagte, wenn sie gleich die Schadloshaltung den Klägern nicht versprochen, gleichwol ex natura negotii solche zu leisten verbunden seynd. Beklagte meynen zwar, es könne auf diesen Punct bey dem jetzigen Erkenntnisse das Absehen nicht gerichtet werden, weil Klägere in ihrem Libell lediglich das ihnen gethane Versprechen zum Grunde gesetzet, und müsten sie dannenhero, wenn sie von ihrer Kläge abgehen, und Beklagte aus einem anderen Fundamente belangen wollten, zuforderst die ihnen vergeblich verursachte Unkosten erstatten. Allein, da gegenwärtige Sache mit der Anfangs angestellten Klage nicht allein auf das genaueste verknüpfet, und von beyden Partheyen in ihren gewechselten Schriften darüber verfahren ist, sondern auch deren Entscheidung aus den vorhandenen Acten ohne weiteres Verfahren genommen werden kann, überdies Beklagte selbst grossen Theils daran Schuld haben, daß die Sache wegen Abhörung der Zeugen, welche sie doch nach Anleitung der Rechte *in Novella* 90. *c.* 7. salvis exceptionibus zulassen können, durch ihre Vorstellungen in termino inrotulationis, gethane Protestation, und nachgehends gesuchte Restitution so weitläuftig gemacht und verzögert worden; So haben wir, Beklagter Einwenden ungeachtet, die Frage, ob die Schadloshaltung ex natura negotii erfolgen müssen, untersuchet und entschieden. Es erhellet nemlich aus der von Beklagten selbst in den Bormeisterischen Actis beygebrachten facti specie,

 auch

enim vero hanc emendationem & correctionem nec Iustinianus, nec Zeno in *L. 1. C. de Plus petitionibus*, ex qua Iustinianus suam hausit, desiderant. Cur ergo iudicem arctioribus, quam ipsi legumlatores faciunt, limitibus circumscribimus? cur ei facultatem in *titulo C. Vt, quæ desunt advocatis partium, iudex suppleat*, tributam adimimus? cur non secundum *c. 6. X. de Iudiciis* simpliciter & pure factum ipsum & rei veritatem investigamus? Certe cordati iudices & ICti hoc facient semper. Et ita ICti Vitembergenses mense Novembri anni CIƆIƆCCIX. responderunt in casu, quo quis, dum annuos reditus peteret, ac, ut vocant, liquidaret, aliquot annos per incuriam omiserat: Entstehet die Frage, von welcher Zeit an die wiederkäufliche Zinsen zu rechnen, und dem Haugwizischen Cessionario zu passiren seynd. Ob nun wol der Cessionarius niemals mehr, als von 1669. an, liquidiret, ja der Haugwizin Curator selbst nur so viel gefodert; Dennoch aber und dieweil die gemeine Rechte, welche demjenigen, so weniger, als ihm zukommt, fodert, auch den Ueberrest zu suchen nachlassen, und dem Richter, im Fall er dessen prætensiones wohl gegründet befindet, ihm solche in eben dem Processe zuzuerkennen auferlegen, dem Cessionario zu statten kommen müssen; So ist der Haugwizische Cessionarius die wiederkäufliche Zinsen, nicht nur von dem 1669sten, sondern auch von den vorhergehenden Jahren, so viel durch richtige Quitungen nicht gemindert werden mag, zu fodern berechtiget.

XXIX.

De actionibus ex sponsu.

Actionis ex sponsu nomen in legibus Romanis, quæ exstant hodie, non reperitur, reperitur vero apud Servium Sulpitium, cuius hæc in libro de dotibus verba sunt a *Gellio in Noctibus Atticis lib. 4. c. 4.* excerpta & conservata: *Qui uxorem ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur, eam in matrimonium ductum iri: qui daturus erat, itidem*

dem ſpondebat. Is contractus ſtipulationum ſponſionumque dicebatur ſponſalia. Tunc, quæ promiſſa erat, ſponſa appellabatur: qui ſpoponderat ducturum, ſponſus. Sed ſi poſt eas ſtipulationes uxor non dabatur, aut non ducebatur: qui ſtipulabatur, ex ſponſu agebat: iudices cognoſcebant. Iudex, quam ob rem data acceptave non eſſet uxor, quærebat. Si nihil iuſtæ cauſſæ videbatur, litem pecunia æſtimabat: quantique interfuerat, eam uxorem accipi aut dari, eum, qui ſpoponderat, aut qui ſtipulatus erat, condemnabat. Addit Gellius: *Hoc ius ſponſaliorum obſervatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas univerſo Latio lege Iulia data eſt; Hæc eodem Neratius ſcribit in libro, quem de nuptiis compoſuit.* Actionis ex ſponſu nomen incognitum eſt hodie, res ipſa frequentiſſima. Nec puto me errare, quod nomen iſtud vetus retineo. Deſcendere quippe ex ſponſalibus actionem aliquam, extra dubium eſt. Hæc actio vero in legibus noſtris nomen non accepit. Igitur *Oldendorpius*, qui *claſſes actionum* ſcripſit, & plerique, qui idem argumentum tractant, auctores, actionem hanc plane prætereunt. Accuratius *Bergerus de Vſu actionum P.* 1. §. 7. actionem commemorat, eamque matrimonialem appellat. Et poterit hæc appellatio retineri. Mihi tamen actionis ex ſponſu nomen magis placet, primum, quod antiquius eſt, priſciſque iurium conditoribus cognitum, deinde, quod aliquando ex ſponſalibus non ad matrimonium conſummandum, ſed ad intereſſe agatur, atque hoc caſu actio inſtituta matrimonialis vix dici commode poſſit. Equidem ex ſponſalibus regulariter ad conſummationem matrimonii agendum eſt. Igitur non errat *Bergerus*, qui loco memorato actionem, quæ ex ſtatu ſponſalitio oriatur, matrimonialem ab eo, quod plerumque fit, appellat. Sed quod ille in actione matrimoniali hanc ſaltem formulam præſcribit, *ut*

reus

reus matrimonium promissum consummare cogatur, daß Beklagter die versprochene Ehe durch priesterliche *Copulation* mit Klägerin zu vollziehen schuldig; hoc ego insufficiens credo. Incidunt nempe multa, quæ impediunt, ne is, cui matrimonium promissum est, eius consummationem petere aut possit aut velit. Sæpe ea persona, contra quam ex sponsalibus agitur, se ipsam ad hoc inhabilem reddidit, ut puta, iam ante cum alio sponsalia fecit, ut posteriora nunc implere haud queat, vel post sponsalia inita cum alio concubuit, aut nuptias solemnes celebravit, ut altera persona talem coniugem habere nolit. Nonnunquam is, contra quem agendum est, mendaciis & fraudibus alterum ad sponsalia illexit & induxit, & mavult deceptus a pacto hoc recedere, sed tamen ab impostore isto offensus pro damno & iniuria sibi satisfieri desiderat. Aliquando etiam aufugit, bonis suis relictis, sponsus vel sponsa, nec spes reditus superest. Omnibus hisce casibus æquum iustumque est, parti læsæ actionem ex sponsalibus dari ad læsionem sarciendam, nec alterum fraudem suam impune ferre. Tunc vero actio, quæ instituitur, matrimonialis dici nequit, sed cum Servio & Gellio ex sponsu appellanda, & tota arbitraria est. Quin imo *Pruckner in Decisionibus iuris matrimonialis cap.* 1. §. 15. actionem hanc etiam ex nudis tractatibus sponsalitiis derivat, testaturque, se meminisse, aliquoties etiam partem, quæ alteri diu spem sponsalium aut nuptiarum contrahendarum fecit, & postea absque caussa sufficiente non implevit, parti alteri ad præstandum interesse condemnatam fuisse. Ipse memini actionem hanc ex sponsu ad interesse a femina institutam fuisse. At enim vero tanta in hac actione ex sponsu est iudicis potestas, ut, quamvis in libello consummatio matrimonii petita sit, tamen ab eo recedere, & reum reamve plane in aliud, nempe in certam pecuniæ summam, damnare queat. Fac enim, iuvenem cum puella

Digitized by Google

sponsalia præsentibus aliquot testibus fecisse, chirographum etiam ei, sed verbis ambiguis, & quæ fraudem & vexandi animum satis sapiant, conceptum dedisse, deinde ex isto chirographo ad consummationem matrimonii conventum negare, in eo promissionem matrimonii contineri, præterea exceptionem deficientis parentum consensus opponere, atque etiam schedam patris sui, qua ille desponsationi huic contradicit, proferre. Condemnari tunc reus secundum petita actricis nequit. Verum, quum actrix ex inani matrimonii spe sibi facta contumeliam patiatur, reus autem, dum hac spe illam lactavit, impedimentum tamen promissioni suæ obstans ignorare non potuit, miseramque sciens ac prudens ludificatus est, officio iudicis continebitur, ut illusorem hunc actrici in aliquam pecuniæ summam condemnet. Sed, ait, non potest iudex quid ultra libellum adiudicare. Potest utique, si iustitia & æquitas hoc poscat, *c. 6. X. de Iudiciis, L. un. C. Vt, quæ desunt advocatis partium, iudex suppleat.* Et sic ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CC XXVI. iudicarunt: Würde Beklagter der Klägerin überhaupt funfzig Reichs-Thaler erlegen, immassen er zu thun schuldig, so wird er von angestellter Klage entbunden, und das gegebene Verboth wieder aufgehoben, auch werden die beyderseits verursachte Unkosten gegen einander compensiret. V. R. W. Rat. dec. Klägerin hat den Beklagten aus einem Eheversprechen auf Vollziehung desselben verklaget, und will die Gültigkeit dieses Eheversprechens daher behaupten, daß Beklagter zur Zeit desselben nicht mehr in seiner Eltern Brodt und Gewalt gestanden, also deren Einwilligung zu suchen nicht nöthig gehabt, hiernächst Intervenient keine rechtmäßige Ursach seinen Consens zu versagen anführen können. Alldieweil aber das Eheverlöbniß selber ziemlich zweifelhaftig ist, und aus dem zum Grunde der Klage gesetzten Zettel, welcher fast keinen Verstand und Connexion hat, nicht erhel-

Digitized by Google

erhellet, vielmehr aus selbigem zu schliessen ist, es sey der ganze Handel nicht sowohl ex animo serio & deliberato geflossen, als vielmehr in blossem Schertze bestanden, nächstdem Klägerin nicht beygebracht, daß Beklagter zur Zeit des Verlöbnisses emancipiret gewesen, Intervenient hingegen nebst Beklagtem solches leugnet, zudem dieser Umstand wenig zur Sache thut, nachdem die Nothwendigkeit, der Eltern Consens bey der Kinder Heyrath zu suchen, nicht sowohl aus der väterlichen Gewalt, als vielmehr ex reverentia omnibus parentibus debita fliesset, endlich Intervenient eben dadurch, daß sich die Partheyen Anfangs ohne seine Bewilligung verlobet haben sollen, genugsame Ursach zu dissentiren überkömmt; So haben wir Beklagten von angestellter Klage entbunden, jedoch denselben, weil er der Klägerin durch Ausstellung einer solchen Schrift vergebene Hofnung gemacht, auch, wie alle Umstände ergeben, selbige niemalen bona fide zu ehelichen, sondern nur verächtlich zu tractiren und aufzuziehen intendiret hat, massen er denn auch ohnedem die im Wege stehende Hindernisse besser, als eine schwache Weibes-Person wissen sollen, überhaupt zu Erlegung 50. Reichs-Thaler verdammet.

XXX.

In delatione iurisiurandi libellus non attenditur.

In cognitionibus super iureiurando delato amplissima iudicis potestas est. Potest scilicet verba, quibus delatum est iusiurandum, mutare, & formulam plane aliam, qualem nempe præsenti negotio vitandisque captionibus convenire maxime credit, præscribere, *L.* 34. §. 5. *&* 8. *de Iureiurando*, potest iurisiurandi delationem ab actore factam, si superfluam hanc animadvertat, vel veritatem aliter haberi posse videat, prorsus negligere, arg. *c.* 2. *X. de Probationibus* & *L.* 3. *C. de Rebus creditis*, potest inutile huiusmodi iusiurandum, etsi delatio eius iam per rem iudica-

 tam

tam comprobata ſit, tamen amputare, arg. *c.* 9. *X. de Sentent. & re iudic.* Generaliter itaque dico, poſſe iudicem, quod ad iurisiurandi delationem, liberrime a libello recedere, nullamque eius in ſententia ferenda rationem habere. Exempla adferre poſſem. Sed poſſunt talia, quæ in ipſis rerum argumentis ſemet obtulerunt, videri apud *Præſidem in Specim. CXXXVII. de Officio iudicis circa iusiurandum medit.* 3. 4. 5.

XXXI.

Inſtituto poſſeſſorio, ſuper petitorio, ſi hoc ex actis liqueat, recte pronunciatur.

Non poſſe iudicem, inſtituto poſſeſſorio, ſuper petitorio, tametſi hoc ex actis liqueat, iudicare, vetus & pervulgatus error eſt, qui in iure fundamentum non habet, ſed etiam rationi iuris & æquitati adverſatur. Equidem non deſunt leges & argumenta his, qui errorem iſtum tuentur. Collegit omnia ſtudioſe *Carpzovius L.* 1. *Reſp.* 72. & 73. Maxima pars eo redit, ſententiam libello conformen eſſe oportere. At hoc nemo dicet inpoſterum, qui ſcriptum hoc meum viderit, legerit, penſitarit. Cetera facilius etiam corruunt. Miror autem eſſe, qui ad *c. ult. X. de Cauſſa poſſeſſionis & proprietatis* provocare non erubeſcant, in quo tamen nihil eſt, quod huc trahi queat. Meam contra ſententiam iuvat, quod cauſſa proprietatis ex omnium confeſſione abſorbeat poſſeſſionem, quod dolo facit, qui petit, quod redditurus eſt, *L.* 8. *de Doli mali & metus exc.* quod iudex inepte facit & contra rectam rationem peccat, qui quid actori adiudicat, quod tamen rei eſſe & huic confeſtim reſtitui oportere certo ſcit, quod iudex non, cuius modi actio intentetur, ſubtiliter inquirere, ſed ſimpliciter & pure factum ipſum & rei veritatem inveſtigare debeat, *c.* 6. *X. de Iudiciis.* Movere hæc iam dudum electorem Saxoniæ, ut ſententiam meam lege firmaret in *deciſione* 13.

Sed

Digitized by Google

Sed & extra Saxoniam a cordatis ICtis similiter iudicatur. Fecere id Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CC XXIII. Daß Beklagte von angestellter Klage zu entbinden, Kläger hinführo ein Bucht bey seiner Fischer-Kathe zu haben nicht berechtiget, auch die durch diesen Procefs verursachte Unkosten Beklagten zu erstatten schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Kläger hat sich über die von Beklagten geschehene Niederreissung seiner Bucht, als über ein spolium beschweret, und dessen Restitution gesuchet. Beklagte gestehen zwar die Niederreissung, leugnen aber dem Kläger seine Possession, und geben vor, derselbe habe diese Bucht neuerlich aufgerichtet, und sie hätten solche 2. oder 3. Tage hernach, als sie davon Wissenschaft erhalten, mithin in continenti, nieder geworfen, also Klägern nicht spoliiret, sondern sich nur in dem Besitz ihres Rechtes und Freyheit wider des Klägers neuerliches Unternehmen auf Rechtsvergönnete Art geschützet. Nun sagen zwar die von Klägern aufgestellte Zeugen einmüthig aus, daß der Kläger das Recht eine Bucht zu machen habe, und sowohl seine Vorfahren, als der Amtmann Engelbrecht, dergleichen verfertigen lassen. Alldieweil aber bey genauer Betrachtung der vorgehefteten alten Acten, sonderlich der in dem Klag-Schreiben fol. 1. befindlichen Worte: an der Elbe auf dem Berge bey dem Fischer-Hause einen Ring gemachet; deutlich in die Augen fällt, daß eben dieser Bucht halber zwischen Klägern und Beklagte bereits Procefs geführet, selbige dem Kläger rechtskräftig aberkannt, die jetzige neuerliche Bucht auch, blos die rechtskräftige Urtheile zu eludiren, und die arme Beklagte ungeachtet ihres erstrittenen Rechtes durch einen neuen Procefs müde zu machen, in eodem obiecto litis, nemlich bey der Fischer-Kathe nur etwas verrücket worden, bey welcher Bewandniß iustitia petitorii offenbar ist, und das possessorium völlig absorbiret, übrigens der Vorwand, ob sey das ehemalige obiectum litis nur eine Hämmel-Bucht gewesen, dem Kläger nicht zu statten kommt, da bey der Horn-Vieh-Bucht eadem

eadem ratio vorhanden, und Kläger durch Eintreibung einer andern Art Viehes die generaliter abgefassete rem iudicatam nicht eludiren und umstossen kann; So haben wir uns bey dem possessorio ferner aufzuhalten unnöthig geachtet, sondern so fort nach Anleitung der rei iudicatæ in petitorio gesprochen, dem Kläger auch bey so offenbarem Unrechte, ungeachtet des in erster Instanz vor ihm ausgefallenen Urthels, die Erstattung der durch diesen contra apertam rem iudicatam zu Unterdrückung der armen Unterthanen angestellten Processs verursachten Unkosten auferlege.

XXXII.

In actione privatoria emphyteuseos sæpe utriusque partis petitiones negliguntur.

In actione privatoria emphyteuseos iudex, si æquus esse velit, in sententia sæpe a libello & utriusque partis petitionibus recedere debet. Solent domini emphyteuseos frequenter ad privationem emphyteuseos agere, contra emphyteutæ hac actione conventi, absolvi se ab ea, petunt. Cordatus iudex plerumque neutri parti adsentit, reumque non quidem plene absolvit, sed nec secundum libellum condemnat, verum mulctat saltem; id quod tunc maxime fit, quum ob non solutum per aliquot annos canonem agitur. Scilicet inter caussas, ob quas emphyteuta emphyteusi deiicitur, præcipua fere est canon non solutus. Quum vero ista omissio aliquando ex dolo, nonnunquam ex culpa procedat, quæstio satis gravis exoritur, dolusne ad privationis pœnam dictitandam requiratur, an culpa sufficiat. Plerique indistincte emphyteutam, quacunque etiam ex caussa canonem non solvat, emphyteusi privant, atque adeo omnem quoque culpam comprehendunt. Vide *Bergeri P. 2. Resp.* 34. Et videntur illis iura nostra, quæ gene-

Digitized by Google

generaliter loquuntur, adſentire. Iuſtinianus certe, nullo facto diſcrimine, in *L.* 2. *C. de Iure emphyteutico* domino ius expellendi emphyteutam, qui per totum biennium pecunias non ſolvit, tribuit. Et Gregorius IX. in *c.* 4. *X. de Locato & conducto*: *Emphyteuta*, ait, *ceſſando in ſolutione canonis per biennium iuſte potuiſſet repelli.* Adde *Novellam* 7. *cap.* 3. §. 2. Accedit exemplum feudi, quod vaſallus propter incuriam etiam & negligentiam amittit, ſecundum claram diſpoſitionem imperatoris Friderici in 2. *F.* 55. *pr.* Verum enim vero, ut hæc controverſia recte decidatur, inquirenda eſt ratio, quæ legumlatores, ut moræ in ſolutione canonis commiſſæ tam gravam pœnam imponerent, movit. Eſt hæc ſcilicet, ut recte monet *Bachovius ad Treutlerum vol.* 1. *diſp.* 29. §. 12. *lit. B. verbis: quid ſi emphyteuta*, non tam pecuniarium intereſſe domini, quod in aliis caſibus, v. c. ſtipulationibus pœnalibus, obtinet, quam potius, quod emphyteuta non ſolvens præſumatur dominum iure ſuo invertere, eumque non amplius recognoſcere velle. Ergo dolum præſupponunt in emphyteuta privando legumlatores. Et præter dolum etiam lata culpa, quæ dolo in cauſſis civilibus æquiparatur, admitti poteſt. Culpam vero levem & leviſſimam admitti, durius foret. Neque obſtant nobis generalia legum verba. Hæc quippe ex ratione, quam memoravimus, reſtringenda ſunt. Deinde nec vaſalli exemplum obeſt. Nam & in illo dolus, 2. *F.* 52. §. 3. vel ſaltem lata culpa, de qua ſupra memorata verba 2. *F.* 55. *pr.* intelligi oportet, ad privationis pœnam requiritur, culpa levis vero non ſufficit, ut egregie docent *Gailius lib.* 2. *obſ.* 48. *n.* 9. & *Bergerus in Electis diſc. for. p.* 1204. Pertinet huc magis exemplum tutoris, qui ob fraudem rantum & latam culpam tanquam ſuſpectus removetur, *L.* 7. §. 1. *de Suſpectis tutoribus.* Interim, mulctam aliquam emphyteutæ, qui

per

Digitized by Google

per levem culpam canonem non solvit, imponi posse, facile concedimus. Moverunt hæ rationes ICtos Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CCXV. ut emphyteutæ privationis pœnam, quam aliud collegium iuridicum illi iam dictitarat, remitterent. Is scilicet ecclesiæ canonem per quadriennium non solverat, ac ideo actione privatoria conventus & damnatus fuerat. Sed interiecta appellatione, varias calamitates, quas intra paucos annos fuerat perpessus, commemorabat docebatque. Noveramus quidem, casus istiusmodi fortuitos dominum, ut de canone quid remittat, haud obligare, *L.* 1 *in fine C. de Iure emphyteutico.* Efficiunt illi tamen, ut iudex debitori inducias dare & differre solutionem possit. *Rec. Imperii de anno* 1654. §. 172. *L.* 21. *de Rebus creditis.* Et quamvis emphyteuta hic calamitatem suam iudici dominoque tempestive non denunciasset, nec misericordiam illorum implorasset, tamen hoc pro culpa tantum levi reputandum erat. Sic itaque iudicatum fuit: Würde Beklagter die von anno 1704. her bis jetzo rückständige Pächte, worunter auch die Pächte vom Jahr 1708. begriffen, nebst allen durch diesen ganzen Procefs verursachten Unkosten, und überdies 30. Scheffel Gersten Klägern binnen 4. Wochen abtragen, und dabey, daß er inkünftig mit solcher Pacht sich richtig einhalten, auch, da er zwey Jahr hinter einander schuldig verbleibe, das Guth ohne fernere Einrede räumen wolle, angeloben, so ist er vor dieſesmal von angestellter Klage zu entbinden; widrigenfalls aber, und da er diesem binnen den gesetzten 4. Wochen nicht nachkommen sollte, verbleibet es bey der am 22. November 1713. eröfneten sub. lit. W. befindlichen Sentenz billig. V. R. W. Rat. dec. Es ist wider Beklagten, welcher Klägern binnen etlichen Jahren die schuldige Pächte nicht entrichtet, die actio privatoria angestellet, auch bereits sententia caducitatis ertheilet worden.

Digitized by Google

den. Und gewinnet es das Ansehen, ob hätte selbige bestätiget werden sollen, in Erwegung, daß, wenn gleich die von Beklagtem zu seiner Entschuldigung angeführte Umstände sich in der That also verhielten, dennoch eine grosse culpa und Nachläßigkeit übrig verbleibet, und aber bekannter massen die von dem Erb-Zinß-Mann und Meyer begangene mora solvendi, sie rühre ex dolo oder culpa her, ad effectum privationis genug ist. Alldieweil aber dieses nicht von einer jeden gemeinen culpa, sondern nur de magna & lata, welche dem dolo gleich geachtet wird, zu verstehen ist, immassen denn die pœna privationis eigentlich deshalben eingeführet ist, weil ein Erb-Zinß-Mann durch unterlassene Zahlung des Canonis den Herrn um sein dominium directum zu bringen suchet, welches aber die Intention des Beklagten hier wol nicht gewesen, als der bey genauer Betrachtung aller Umstände mehr aus Armuth und schlechtem auch verworrenem Zustande seiner Sachen säumig gewesen, immassen er denn das durch Feuer, Pferde-Sterben und Schlägerey erlittene Unglück nothdürftig bescheiniget, darwider nichts thut, daß die erstere Unglücks-Fälle, des Klägers Angeben nach, sich vor vielen Jahren zugetragen, indem selbige das jetzige Unvermögen des Beklagten grösstentheils verursachet, demnach die Billigkeit erfodert, daß Beklagtem dieser auch der andern angegebenen Ursachen halber, wohin insonderheit die von seinen Schuldenern begangene mora gehöret, etwas nachgesehen werde; So seynd wir bey dieser Bewandniß bewogen worden, Beklagten und Appellanten, daferne er binnen 4. Wochen den Rückstand abtragen, alle Unkosten erstatten, und wegen seiner Saumseligkeit, welche gleichwol mit einiger culpa verknüpfet ist, 30. Scheffel erlegen würde, von der Klage zu entbinden, widrigenfalls aber das vorige Urthel zu bestätigen.

Digitized by Google

XXXIII.

In actione privatoria feudi iudex sæpe utriusque partis petitiones negligit.

Quod de actione privatoria emphyteuseos dictum, porro ad actionem privatoriam feudi extendi oportet. Scilicet plerique ob omissam renovationem investituræ feudum amitti simpliciter statuunt, nullumque inter dolum & culpam discrimen admittunt. Male. Lotharius certe imperator 2. *F.* 52. §. 3. ad feudi privationem dolum necessario requirit. Id quod æquitati etiam convenit. Iustior itaque sententia est, ob omissam investituram, siquidem culpa tantum & negligentia vasalli intervenerit, non feudum auferri, sed mulctam tantum imponi posse. Quam sententiam nostram etiam *Gailii* 2. *Observ.* 48. *n.* 9. & *Bergeri in Electis Discept. For. p.* 1304. auctoritas firmat. Igitur ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIƆIƆCCXXII. sic responderunt: Es ist die unterlassene Lehns-Folge vor weiter nichts als einen solchen Lehns-Fehler anzusehen, demnach die Mühlbachische Linie dessen Erlassung bey dem Lehns-Herrn zu suchen wohl berechtiget, der hohe Lehns-Herr auch einigermassen obligat solchen Fehler zu pardoniren, in Erwegung, daß denen von Schleinitz hierunter kein dolus oder Verachtung des Lehn-Herrn beygemessen werden kann, mithin die blosse culpam und negligence mit gänzlichem Verlust des Lehn-Rechtes zu strafen, allzuhart ist, auch nach der in Sachsen und anderwerts eingeführten Praxi in solchem Falle nur eine Geld-Strafe auferleget zu werden pfleget. Quod vero ad hanc mulctam attinet, illam potentissimus Poloniarum rex ne quidem semper exigit, sed gratiam suam absque omni onere sæpissime indulget. Ipse, caussas orans, non ita pridem hoc fui expertus. Erant tres fratres ex gente Miltizia, quorum maiores simultanea investitura in omnibus prædiis, quibus illa familia amplissimis in Saxonia fruitur, fue-

Digitized by Google

fuerant gavisi, sed pater eam iusto tempore renovare neglexerat. Aderam ego illis, & caussas, quae regem ad gratiam dandam movere poterant, literis supplicibus exponebam. Ipse tamen diffidebam, istam veniam eis absque onere esse obventuram. Consulebam igitur virum in iuribus & publicis negotiis versatissimum, qui locum in illustri collegio, quem meritis suis adeptus est, egregie tuetur. Is vero incredibilem divinamque, si ita loqui licet, clementiam regis praedicavit, & gratiam, si indulturus esset, plenam gratuitamque fore praedixit. Nec spes nos fefellit. Brevi enim ante meum ex Saxonia abitum rex Warsavia rescripsit, se fratribus Miltiziis veniam dare, nec quicquam de poena addidit.

XXXIV.

Potestas iudicis circa condemnationem debitorum.

Porro in condemnatione debitorum iudex cordatus nonnunquam a libello & petitione creditoris recedit. Tria nempe hic potest. Primo, si videt, debitorem, si ad saccum & peram usque excutiatur, solvendo quidem futurum & creditori satisfacturum, sed tamen ad incitas redactum iri, debitorem hunc, quamvis is praesentem solutionem in chirographo promiserit, eandemque creditor etiam petierit, recte tamen in diem condemnabit, & creditorem, modo illi satis caveatur, ut exactionem differat, ut usuris interim contentus sit, coget. Alterum est, quod, si misero & sine culpa sua obaerato debitori ita melius consuli animadvertit, particularem solutionem creditori per sententiam obtrudere queat. Vtrumque hoc iudici, quantumvis fiscus creditor sit, licere, ex *L.* 21. *de Rebus creditis*, *L.* 45. §. 10. *de Iure fisci*, *L.* 33. *de Vsuris*, *L.* 21. *de Iudiciis* & *Recessu imperii de anno* 1654. §. 172. patet. Obiicitur quidem nobis a dissentientibus, ius dandi moratoria rescripta secundum *Ordinationes politicas imperii de anno*

 1548.

1548. & 1577. *tit.* von verdorbenen Kaufleuten ad iura maiestatis referendum esse, atque adeo a magistratibus inferioribus usurpari non posse. Nos vero id non negamus. Sed multum interesse inter istas, quæ a iudice debitoribus obæratis indulgentur, inducias & rescripta moratoria, quæ a solo principe tribuuntur, putamus. Triplex est, quæ inter ea intercedit, differentia. Primum rescripta moratoria generalia sunt, & debitorem contra quemcunque creditorem tuentur; at induciæ illi saltem in ea caussa, in qua tributæ fuerunt, prosunt, aliis vero creditoribus non nocent, *tit. C. inter alios acta vel iudicata aliis non nocere.* Deinde induciæ hæ a iudice non nisi ex iusta caussa debitoribus solo fortunæ vitio lapsis dari queunt; at principis in dandis rescriptis moratoriis maior potestas est, ut ea etiam ex mera gratia debitoribus culpa nonnunquam sua obæratis tribuere possit. Denique induciarum a iudice concessarum breve tempus esse debet, quemadmodum ICti in *L.* 45. §. 10. *de iure fisci & L.* 12. *de Iud.* præcipiunt; sed rescripta principis debitoribus sæpe moram aliquot annorum indulgent, neque, ut *Faber. in Codice lib.* 1. *tit.* 9. *def.* 17. autumat, ad quinquennium sunt alligata. Tertium, quod iudici in condemnatione debitorum licet, est, quod debitorem, qui paratam pecuniam non habet, sed aliis rebus abundat, ad has in solutum dandas damnare, ac creditorem, invitum etiam, ad eas, prævia iudiciali taxatione, accipiendas compellere possit, *Novella* 4. *c. ult. Novella* 120.

XXXV.

De actionibus iniuriarum.

Nullibi se forte potestas iudicis clarius exserit, quam in actionibus iniuriarum. Parum in illis curat libellum, sed modo, quum æstimatorie actum est, deprecationem vel declarationem decernit, modo, quum recantatio petita

ta fuit, iterum vel deprecationem vel declarationem ſubſtituit, modo pœnam criminalem petitam in aliam plane & aliquando in privatam ſatisfactionem convertit &c. Nec opus eſt exemplis, quæ quippe in foro quotidie occurrunt.

XXXVI.

De accuſationibus & actionibus criminalibus.

De accuſationibus & actionibus criminalibus pauca dicam. Poſſe in his iudicem, ſpreta accuſatoris petitione, pœnam, quam lubet, decernere, hi ipſi, qui popularem de neceſſaria ſententiæ cum libello conformitate errorem propugnant, fatentur. Vide *Barboſæ theſaurum locupletatum lib.* 17. *cap.* 20. *axiom.* 5. *limit.* 8.

XXXVII.

Iudex actorem condemnare poteſt.

Longius progredior, & quod paradoxon nonnullis videbitur, iudicis poteſtatem eousque extendo, ut non ſolum reum abſolvere, ſed ipſum quoque actorem ei condemnare queat. Non loquor de caſu, quo reconventionem inſtituit reus. Hic enim dubium non habet. Sed & extra illum iudici idem licet. Reus ſcilicet excipiendo fit actor, ut omnes fatentur. Ergo ſi ex exceptione apparet, non actori, ſed reo quid deberi, non opus erit, novum libellum poſci, nec novum iudicium inſtitui. Nam quid fieri poteſt per pauca, per plura fieri non debet. Sed poteſt iudex actorem in eodem iudicio condemnare, arg. §. 34. *I. de Actionibus.* Bina eius rei exempla recordor, alterum ubi exceptio uſurariæ pravitatis actori obiecta fuerat, & poſt cauſſæ cognitionem & operoſam probationem apparebat, actorem reo obligatum eſſe. Tertium exemplum præſes mihi ſuggeſſit. Inſtituerat quis ſcilicet actionem finium regundorum adverſus vicinum, a quo limites

 agri

Digitized by Google

agri sui turbatos querebatur. Negante reo, probare iussus inspectionem ocularem petierat obtinueratque. Adhibiti in ea agrimensores renunciant, non reum actori quid ademisse, sed actorem in rei fines involasse. Igitur curia provincialis Wolfenbuttelensis mense Aprili a. CIƆIƆCCXXVI. in caussa Könecken contra Metten sic iudicavit: Daß nicht allein Beklagter von angestellter Klage zu absolviren, sondern auch Kläger, da ihm nicht gebühret, weiter als der andern Nachbarn Ackerstücke gehen, in Beklagtens Anwende zu pflügen, demselben annoch eine Furche zurück zu geben schuldig, zu Verhütung ferneren Streits aber, auf beyderseits Kosten ein Mark-Stein in loco quæstionis zu setzen sey. Addo nunc quartum. Reus condictione ex mutuo conventus apocham actoris profert, in qua sic scriptum erat: Nach gepflogener Abrechnung bin ich 17. Reichs-Thaler schuldig blieben. ICti Vitembergenses igitur mense Decembri anni CIƆIƆCCIX. sic iudicarunt: Daß Kläger vor allen Dingen ein richtiges Curatorium ad Acta zu bringen schuldig. Und ist Beklagter von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, Klägers Principalin hingegen demselben die vermöge des fol. 53. producirten und zur Genüge recognoscirten Documents rückständige 17. Rthlr. 23. Gr. 6. Pf. zu bezahlen, ingleichen alle verursachte Unkosten nebst den Urthels-Gebühren und Boten-Lohne zu erstatten verbunden. V. R. W.

XXXVIII.

Iudex contra conclusionem in caussa seu submissionem iudicare potest.

Sententiam conclusio in caussa seu submissio præcedit. Eam iure civili necessariam esse, ex *L.* 9. *C. de Iudiciis* colligunt *Brunnemannus ad h. l. n.* 5. *sqq.* & alii. Certe leges imperii eam clare desiderant in *Ordinat. Cam. Lindav. de anno* 1500. *tit.* 13. §. *ult.* & *tit.* 15. §. 8. & in *Ordinat.*

cam.

Digitized by Google

cam. de anno 1507. *tit.* 36. §. 15. nec non in *Ordinat. cam. de anno* 1555. *P.* 3. *art.* 21. 22. 23. item in *Recessu de anno* 1654. §. 153. Solet vero sæpe alteruter litigantium in hac conclusione iudici præscribere, quousque in sententia ferenda procedere debeat, atque, si ulterius progrediatur, eventualiter de nullitate protestari. Nota est formula: Ich will lediglich über diesem Punct zu einem gedenlichen Urthel beschlossen, und wider alle weitere Erkänntniß in der Haupt Sache feyerlichst protestiret haben. Et sunt, qui credunt, eius protestationis rationem habendam esse, propterea quod protestans per hoc ipsum satis declaret, superesse sibi aliquid, quod, priusquam sententia definitiva feratur, actis inseri necessarium credat. At, quamvis hoc verum sit, ego tamen conclusionem in caussa impune negligi puto. Cur enim, qui habuit, quod adhuc allegaret, hoc tempestive non allegavit? Imputet id ipse sibi. Certe in *Auth. Iubemus C. de Iudiciis* iudex malitiæ non concludentis indulgere & iudicium morari vetatur, sed nihilominus sententiam legibus & moribus consonantem proferre iubetur. Fecere id ICti Helmstadienses mense Septembri anni CIↃ IↃ CC XXV. ex his rationibus: Was die Haupt-Sache betrift, so scheinet das von uns gesprochene End Urthel viel zu früh zu seyn, in Erwegung, daß die im vorigen Urthel erkannte Recognition der zum Grunde der Klage gesetzten Verschreibungen noch nicht geschehen, und Beklagter in seiner dawider gesuchten Restitution blos über den Punct der Caution zu sprechen gebeten, auch weiter nicht submittiret, überdies des Beklagten Gegen-Foderung höchst illiquid und von Klägern noch nicht einmal beantwortet ist. Alldieweil aber Beklagter durchgehends in den Actis die producirte Obligationes und die darinn enthaltene Schuld-Foderungen deutlich genug agnosciret und zugestehet, also die ihm abgefoderte solenne Recognition ganz überflüßig ist, und nur zu Verlängerung der Sache abzielet, nächstdem bey Abfassung

sung des Urthels nicht darauf, was Beklagter, der die Sache gerne in das Weite gespielet sähe, gesprochen haben will, sondern auf die Gerechtigkeit und Billigkeit, *L. 8. C. de Iudiciis*, gesehen werden muß rc. Quin imo etsi uterque litigator conspiret, & in certo tantum capite, non super tota caussa concludat, iudex tamen, si satis ex actis de ipsa caussa constet, negligere conclusionem & litem totam definitiva sententia dirimere debet. Obiicietur mihi forsan *lex* 26. *de Re iudicata*, in qua Vlpianus: *Si convenerit*, inquit, *inter litigatores, quid pronuncietur: non ab re erit, iudicem huiusmodi sententiam proferre.* Verum ista lex ad voluntariæ iurisdictionis actus pertinet, quum nempe utraque pars plene consentit, sed, ut conventio hæc privata plus ponderis consequatur, auctoritate iudicis eam muniri cupit, cuius rei exemplum in *L.* 21. *Communi dividundo* occurrit. Extra hunc casum igitur, & ubi partes vere dissentiunt, iudex non petitionem ipsarum, sed iustitiæ regulas simpliciter observat. Dices forsan, conclusionem in caussa secundum *Vmmium ad Proc. disp.* 19. §. 1. *n.* 1. & alios essentialem iudicii partem esse, atque adeo negligi non posse. Sed falsum est, eam ad essentiam iudicii spectare. Si enim ad hanc spectaret, non posset in caussis summariis omitti, in quibus tamen secundum *Clement.* 2. *de Verborum signif.* secure omittitur. Quamobrem ICti Helmstadienses mense Augusto a. CIƆ IƆ CCXV. sic iudicarunt: Daß die von Beklagten vorgeschützte exceptio fori incompetentis nicht statt habe, und sie von der angestellten Klage zu entbinden. V. R. W. Rat. dec. Wenn demjenigen, was die Partheyen in ihren gegen einander gewechselten Schriften verlanget, hätte sollen nachgegangen werden, so würde gegenwärtiger Procefs in grosse Weitläuftigkeit gesetzet, und anjetzo lediglich auf die vorgeschützte incompetentiam fori, Anstellung einer neuen Klage und Einlassung auf dieselbe interloquiret worden seyn. Allein, da dem Rich-

Richter oblieget, alle unnöthige Verzögerungen des Processes abzuschneiden, so haben wir ungeachtet der in dem 71. Recess angehengten Protestation, daß nur super puncto producendi novi libelli gesprochen werden solle, vor billig erachtet, die Haupt-Sache, in so weit selbige ausgemachet werden kann, zu entscheiden. Wir kommen also auf den Haupt-Streit ꝛc.

XXXIX.

Iudex plane aliud, quam quod in contractu promissum & libello petitum fuit, adiudicare potest.

Thesis hæc ex præcedentibus satis fluit, atque a me nunc exemplo illustrabitur. Sic nempe ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ.CC XVI. iudicarunt: Nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß Beklagter der Klägerin entweder eine anderweite zu ihr und ihrer Kinder Aufenthalt auch Fortsetzung ihrer Nahrung bequeme Miethe zu verschaffen, oder jährlich 12. Rthlr. zu bezahlen schuldig. V. R. W. Rat. dec. Anfänglich beschweret sich Klägerin, daß ihr nur 6. Rthlr. jährlich Mieth-Gelder zuerkannt worden, da sie doch wenigstens 24. Rthlr. dazu haben müsse, Beklagter hingegen will nicht einmal zu diesen 6. Rthlr. verbunden seyn, indem er in dem Kauf-Contracte der Mutter nichts mehr, als die freye Wohnung, und dieses noch darzu freywillig, versprochen, demnach müsse die Mutter selbige in natura annehmen, und könne keinesweges Geld dafür fodern. Alldieweil aber die Obrigkeit zum Grunde vorigen Bescheides gesetzet, daß zwischen beyden Theilen keine Verträglichkeit zu hoffen, bey welcher Bewandniß derselben gar wohl frey gestanden, zu Verhütung des zwischen Mutter und Sohne entstehenden stetigen Streits und daraus zu besorgenden Aergernisses, statt der Miethe ein gewisses Geld zu setzen; So haben wir Beklagten am wenigsten zu graviren vermeynet, wenn wir ihm die Wahl, entweder noch einmal so viel zu geben, oder aber der Klägerin eine anderweite Miethe in natura zu schaffen, auferleget.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. I.

DE

PVBLICATIONE SENTENTIAE.

I.

Iudici ſententiam a collegio iuridico obtentam nec corrigere, nec mutare, nec totam aut partem eius ſupprimere licet.

II.

Iudex ne tunc quidem, quum ad ſui informationem ICtos conſuluit, a conſilio recedere poteſt.

III.

Principi hæc omnia licent.

IV.

Sententia, quæ aperte cum iure pugnat, a iudice revocari poteſt, ſive ipſe eam conceperit, ſive a collegio iuridico impetrarit.

Disquiremus hic, quid iudici circa ſententiam, quam non ipſe concepit, ſed a collegio quodam iuridico obtinuit, liceat. Sunt, qui ei omnia licere putant, atque adeo ſententiam acceptam mutare, corrigere, ſupprimere, contrariam ei ferre, acta revocare, &, non exſpectato reſponſo, pronunciare permittunt cum *Berlichio P.* 1. *concl.* 59. *n.* 26. 27. 28. 29. & *Schradero de Feudis*

dis P. 10. *sect.* 14. *n.* 92. 93. 94. Sed hos operose iam refutavit *Remmemannus de Transmissione actorum cap.* 10. 11. 13. cui ego etiam adsentio, nec discrimen inter caussas civiles & criminales facio, sed utrobique iudicem, ut sententiam, qualem accepit, sive iustam sive iniustam, publicet, & publicatam perinde, ac suam tueatur, obligo, arg. *L.* 14. *de Re iudicata* & 1. *C. Sententiam rescindi non posse.* De caussis criminalibus res minus dubii habet propter *Constit. crim. art.* 150. 165. 219. Consentiunt mecum *Strykius ad Brunnemanni Ius eccles. lib.* 3. *cap.* 9. §. 4. & *Thomasius in dissert. de Iudice sententiam in caussis criminalibus latam ab actis removente.* Addunt quidem vulgo limitationes duas. Primam ex *Mevii decisione* 268. *P.* 2. hauriunt, quando sententia contra statuta vel consuetudinem notoriam est. Verum hæc limitatio non pertinet ad solas sententias, quas collegia iuridica suggerunt, verum ad omnes, atque etiam ad eas, quas ipse iudex protulit, quæ si cum iure pugnent, sine appellatione ab eo, a quo latæ fuerunt, rescinduntur, *L.* 19. *de Appellationibus*, *L.* 2. *C. Quando provocare non est necesse*, quibus non obstat *lex* 32. *de Re iudicata*, quippe quæ de dubio circa applicationem iuris nato, non de sententia contra ius prolata, agit. Alteram limitationem *Stypmannus de Referendariis cap.* 7. *n.* 223. & *Hoppius in Vsu hodierno* §. 8. *I. de Iure naturæ & gentium* suppeditant, quando nempe magistratus ad sui saltem informationem ICtos consulit. At hanc limitationem non admitto. Iudex in litibus semper iudex & persona publica est, atque adeo nequit scenam pro lubitu mutare, & aliquando pro privato se gerere. Nam si hoc ei permittas, fraudibus latissimam portam aperies. Certe in *art.* 165. *Constit. crim.* iudex a consiliis impetratis recedere vetatur, ibi: sich da nach halten. Igitur iam supra in *Specimine VI. de Responsis prudentum meditat.* 7. dixi, peccare iudicem, qui partem sententiæ a

 collegio

Digitized by Google

collegio iuridico impetratæ ſupprimit. Omnia tamen hæc, quæ dixi, ad magiſtratus ſolos, non ad principem, pertinent. Huic enim ea omnia, quæ *Berlichius* cuilibet iudici permittebat, licent. Sic menſe Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXV. reſpondimus: Daß Hochgräfliche Gnaden, als Ober-Richter, das von dero Stadt-Vogt eingeholte und eröfnete Urthel zu verbeſſern, und die darinn wider einen völlig überwieſenen und confitirenden Wild-Dieb ganz unnöthige weitere Unterſuchung aufzuheben wol berechtiget gewesen, mithin das fol. 102. befindliche Urthel den Rechten ganz gemäß. V. R. W.

V.

Sententia contra mortuum ſive ab ignorante ſive a ſciente iudice lata nulla eſt, quamvis mortuus non ſuo, ſed alieno nomine litigaverit.

Sic ICti Helmſtadienſes menſe Ianuario CIↃ IↃ CC XVI. iudicarunt: Daß zwar die No. 28. befindliche Sentenz den Rechten gemäß, aber mit Publication derſelben gebührend nicht verfahren worden, derowegen ſolche den Parthenen hiermit von neuem eröfnet wird. V. R. W. Rat. dec. Es iſt ausgemachten Rechtens, daß ein wider einen bereits verſtorbenen eröfnetes Urthel zu Recht nicht beſtehe, *L.* 59. §. 3. *de Re iudicata*, *L.* 2. *pr. Quæ ſententia ſine appellatione*, es mag der Richter den Todes-Fall gewuſt oder nicht gewuſt haben, *Surdus Conſil.* 99. *n.* 14. ingleichen, daß wider einen minderjährigen, welcher keinen Tutorem oder Curatorem hat, kein Urthel könne publiciret werden, *L.* 45. §. 2. *de Re iudicata*, und daß, wenn der tutor poſt concluſionem in cauſſa ſtirbt, die Publication ſo lange anſtehen müſſe, bis ein neuer geſetzet iſt, *Carpzov. Deciſione* 44. Bey dieſer Bewandniß wird wol niemand zweifeln, daß mit Eröfnung der ſtreitigen Sentenz nicht nulliter verfahren ſey. Sonſten aber iſt in ſelbiger nichts unbilliges enthalten.

VI.

Digitized by Google

VI.

Sententia contra non citatum lata convalescit, si is facto eam approbet.

VII.

Approbasse etiam censetur is, qui rescifcit, nec intra decendium appellat.

Inter insanabiles sententiæ nullitates hanc referunt communiter, quando pars alterutra ad eius publicationem legitime non fuit vocata. Pertinent huc *lex* 7. C. *Quomodo & quando iudex* & *Clem.* 2. *de Verborum sign.* Quantacunque autem sit nullitas, sanabitur tamen, siquidem is, ad quem pertinet sententia, eam sponte agnoscat, arg. *L.* 1. §. 1. *de Feriis.* Mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XVII. species hæc ICtis Helmstadiensibus oblata fuit: In concursu creditorum publicatur sententia, uno ex creditoribus potioribus non vocato. Sed is, se in sententia tertio loco positum atque simul probare iussum, rescifcit, & impositam sibi probationem sponte subit, in eaque deficiens animadvertit tandem errorem, & sententiam nullitatis incusat. Negavimus vero, eum audiendum esse: Es ist in dem beygeleten Prioritäts-Urthel Impetrant mit 96. Reichs-Thaler gleich tertio loco gesetzet, ihm aber dabey der Beweis, daß diese Gelder ohne alle Zinsen und Interesse dem Debitori geliehen, oder vor Anerkaufung des Hauses zu dem Ende vorgestrecket, auch würcklich darzu angewendet, und die Hypothec in das neu erkaufte Haus constituiret sey, auferleget worden. Dieses Urthel hat sowohl auf Seiten des Impetrantens, wenn derselbe schon zu dessen Publication nicht vorgeladen worden, gleichwol dadurch, daß er es nach der Zeit in Erfahrung gebracht, auch durch Uebernehmung des darinnen erkannten Beweises approbiret, Kraft Rechtens ergriffen. Observamus autem ex *L.* 3. *& ult.* C. *Quomodo & quando iudex*, eum etiam, qui non vocatus ad publicandum, deinde tamen

Digitized by Google

publicationem factam rescifcit, si non appellat intra legitima tempora a die scientiæ computanda, pro adprobante haberi, neque deinde audiri.

VIII.

Iudex contumaci copiam sententiæ mittere non est obligatus.

IX.

Tunc transmissio sententiæ in vim publicati necessaria est, quando alicuius, qui ab initio in lite non fuit, interesse incipit.

Solent nonnunquam iudices sententias, quas legitime altero litigatore contumace publicarunt, tamen præterea descriptas cum eo communicare, id quod in vim publicati transmittere appellant. Sed præter necessitatem hoc fit. Sufficit enim ad legitimam sententiæ publicationem, quod utraque pars citata sit, licet una per contumaciam emanserit, *L. 2. C. Quomodo & quando iudex sententiam proferre debeat*, *Gail.* 1. *Obs.* 109. *n.* 1. *in fin. Vmm. ad Proc. disp.* 19. §. 9. *n.* 37. *Struv. synt. iur. civ. Ex.* 44. §. 51. Igitur etsi communicatio hæc facta non sit, sententia tamen valet, ac in auctoritatem rei iudicatæ transire dicitur in c. 15. *X. de Sententia & re iudic.* Sic igitur mense Octobri anni CIↃ IↃ CC XIII. respondimus: Appellant wendet vor, es wäre das Urthel ihm nicht zugefertiget worden. Alldieweil er aber ihm selbst beyzumessen hat, daß er zu Folge der an ihn ergangenen Ladung nicht erschienen, noch der Publication beygewohnet; So erscheinet, daß voriges Urthel in allen zu bestätigen. Tunc tamen communicatio hæc necessaria videtur, quando tertii cuiusdam, qui ab initio in lite non fuit, interesse incipit, e. g. quando hucusque cum herede fiduciario litigatum fuit, atque, eo mortuo, fideicommissarius in locum & iura

Digitized by

iura eius succedit. Non opus tunc esse nova publicatione ac citatione ad eandem, sed sufficere transmissionem exempli in vim publicati puto, arg. *L. 63. de Re iudicata* & *L. 3. C. Quomodo & quando iudex.* Sic mense Iulio anni CIƆ IƆ CCXXV. iudicavimus: Daß vor allen Dingen gegenwärtiges Urthel dem angegebenen fideicommissarischen Erben in vim publicati zuzusenden, und ihm anbey, daß er demselben pro rata der von dem verstorbenen Cammer-Præsidenten auf ihn gefallenen Erbschaft nachlebe, anzubefehlen. V. R. W. Rat dec. Anfänglich ist allerdinges nöthig, daß der angegebene fideicommissarische Erbe zu gegenwärtigem Processe mit geladen werde. Zwar so lange der heres fiduciarius, der Cantor von Droste, gelebet, und er der Fideicommissarius von des Cammer-Præsidenten Verlassenschaft nichts in Händen gehabt, ist nicht nöthig gewesen, ihn zu diesem Processe mit zu ziehen. Allein nach des Cantoris Tode kommen alle erbschaftliche actiones, welche wider den Fideicommittentem statt gefunden, auf den Fideicommissarium nach Proportion des Antheils, das er aus der Erbschaft erhalten, §. 7. *de Fideicommissariis hereditatibus.* Unterdessen ist doch nicht nöthig, die Abfassung des Urthels bis dahin, daß gedachter Fideicommissarius erst vorgeladen worden, und litem reassumiret, auch seine Nothdurft ad acta gebracht, zu verschieben, indem seine beyde Vorfahren, deren facta er nothwendig præstiren muß, die Sache bereits vollkommen zu Ende gebracht und gänzlich instruiret. Diesemnach braucht es nur, ihm das Urthel in vim publicati zuzusenden, und, daß er solchem Folge leiste, aufzuerlegen.

X.

Rationes decidendi sententiarum litigatoribus edi, utilissimum est.

XI.

Iudex tamen, quamdiu lex deficit, ad eas edendas cogi nequit.

Per-

Digitized by Google

Persuasum est multis, editionem rationum decidendi cum sententia plus obesse iustitiæ quam prodesse. Nam, aiunt, advocati ex iis materiam cavillandi & sententias ipsas impugnandi hauriunt. Ea persuasio efficit, ut in multis iudiciis & summis etiam tribunalibus, inferioris præsertim Saxoniæ & Westphaliæ, rationes decidendi ne quidem tunc, quum extera collegia eas simul cum sententiis conceperunt & miserunt, cum partibus communicent, sed sollicite clausas adservent. At enim vero ego ex hac occultatione rationum plus mali quam boni oriri animadverto. Sæpe scilicet iudex iustissimas habuit solidissimasque sententiæ suæ rationes. Sed hæ adeo claræ non sunt, ut in oculos occurrant. Partes igitur, quia nesciunt, quid vere iudicem, ut sic iudicaret, commoverit, alias sibi rationes, longe infirmiores, fingunt, quas vellicant, irrident, refutant nullo labore, quieturæ forsan, si veras rationes scivissent. Tunc acta ad aliud collegium iuridicum mittuntur, ignarum etiam, quid in mente habuerint primæ sententiæ auctores. Immutant ergo hanc sententiam ex aliis rationibus, novamque disputandi & andabatarum more confligendi materiam partibus præbent. Accedit aliud malum. Iudex imperitus vel deses, qui sententiam sine rationibus fert, atque scit, partibus ius non esse easdem requirendi, acta vix obiter & per transennam, ut Cicero ait, inspicit, atque, quidquid in buccam venit, pronunciat, parum solicitus, conveniatne hoc actis an adversetur. Taceo alia. Quantulum contra tot mala incommodum est metus cavillationum, quem ex editione rationum sibi fingunt nonnulli? Advocati profecto, qui cavillationes amant, propter occultationem rationum decidendi cavillari non desinunt, sed magis etiam cavillantur, dum veram rationem sententiæ, etsi eam aliquando perspiciant, ignorare se tamen simulant, aliasque ei rationes, falsas sæpe, ieiunas, ridiculas, adfingunt, hasque operose refellunt,

refellunt, & ſic fucum faciunt iudici, eo vero collegio, quod ſententiam concepit, notam imperitiæ, ignaviæ, vecordiæ inurunt, impune ſemper, quia calumniæ ob rationum defe-ctum convinci non poſſunt. Si rationes apparuiſſent, tacere neceſſum fuiſſet. Ego profecto, quoties ſententiam concipio, cavillationes nunquam metuo, ſi rationes, quas ſubiicio, litigatoribus communicantur, metuo vero maxime, ſi hoc non fit. Scio quippe, cavillationes iſtas apud cordatum virum, qui rationes meas inſpiciet, fidem nullam inventuras, aut collapſuras tamen facile. Quæ quum ita ſint, mos ille vetus, rationes decidendi ſupprimendi, olim in iudiciis Wolffenbuttelenſibus receptus, ſapientiſſimo conſilio illuſtris Ludeckii, poſtquam is iuſtitiæ præeſſe cœpit, abrogatus eſt. Et utinam univerſali lege iudices omnes, tribunalia & collegia iuberentur earum, quas concipiunt, ſententiarum rationes ſaltem breviſſime edere. Nam quod in *Receſſu imperii de anno* 1654. §. 61. hac de re conſtitutum fuit, non ſufficit, ac præterea eluditur, quemadmodum ex reſponſo ſcabinorum Hallenſium apud *Schilterum Exerc. ad Pandect.* 2. §. 7. patet. In Electoratu Saxoniæ talis lex, qualem optamus, diu ab ordinibus, teſte *Bergero in Electis diſcept. for. pag.* 888. expetita, tandem etiam lata, atque in der Erläuterung und Verbeſſerung der bisherigen *Proceſs*-Ordnung *tit.* 34. §. 4. confirmata eſt. Sed extra Saxoniam creditur, iudicem ad edendas decidendi rationes cogi non poſſe. Secundum communem hanc opinionem ICti Helmſtadienſes Menſe Octobri anni CIↃ IↃ CC XII. reſponderunt: Was die Frage betrift: Ob die Geſchwiſtere de Tudeſchis die rationes decidendi des von den geordneten Commiſſariis im Namen des Fürſten Anaſtaſii abgefaſſeten und wider ſie ausgefallenen Urthels fodern können; So ſeynd zwar unterſchiedene DD. der Meynung, es könn-

 ten

ten die rationes decidendi nicht allein von den collegiis iuridicis, sondern auch von andern iudicibus verlanget werden, insonderheit, wenn selbige in ihrer Sentenz a regulis iuris abgewichen zu seyn scheinen, *Menoch. lib. 2. Præs. 71. n. 27. Barbosa ad L. 3. C. de his, qui not. infam.* Nachdem aber von anderen mit besserem Grunde ex *c. 16. X. de Sententia & re iudicata* & *L. 59. de Re iudicata* behauptet wird, es sey kein Unterrichter die Rationes, welche ihn zu Fällung eines Urthels bewogen, herauszugeben schuldig, also viel weniger dergleichen von dem Landes-Herrn oder denen, so in seinem Namen gesprochen, begehret werden kann; So können die Geschwistere de Tudeschis die editionem rationum decidendi von Fürstlichen Commissariis mit Bestande nicht fodern. Ceterum Saxoniæ nostræ dicasteria sententiis suis definitivis, item reformatoriis & declaratoriis, nec non quibus actorem a limine iudicii vel simpliciter, vel secundum ea, quæ proponuntur, repellunt, denique quando oppositas a reo exceptiones dilatorias & litis ingressum impedientes reiiciunt, rationes decidendi adnectere iubentur in der erläuterten *Process*-Ordnung *tit.* II. §. I. *tit.* 34. §. 4. *& Appendice Num. XVIII.*

SPE-

SPECIMEN CCCCLXX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. I.

DE

AVCTORITATE REI IVDICATAE

PVBLICE CVM DVOBVS SEQVENTIBVS DEFENSVM

A

IOHANNE HENRICO EGGERDES

ROSTOCHIENSI

D. III. IVL. CIƆ IƆ CC XXVIII.

I.

Rei iudicatæ auctoritas maxima est.

II.

Vincit etiam legem posteriorem contrariam.

Rei iudicatæ auctoritatem mire extollunt interpretes iuris. Aiunt, illam pro veritate accipi, ex non ente facere ens, ex albo nigrum, ex non debito debitum, ex illiquido liquidum, ex iniusto iustum, & ex falso verum, æquare quadrata rotundis, naturalia vincula sanguinis mutare, præsumtionem iuris & de iure operari, notorium inducere, iustum titulum ac præscribendi caussam præbere, finem omnino liti imponere, fidem facere & ius inter litigantes, nec a principe ex plenitudine potestatis tolli posse, nec ob reperta noviter instrumenta rescindi.

ſcindi. Recte omnia. Num vero tanta eſt rei iudicatæ vis, ut etiam legem vincat? Diſtinguendum eſt inter legem antecedentem & ſequentem. Legem antecedentem vincere nequit, ſed vincitur ipſa ac nulla eſt; *L.* 2. *C. Quando provocare non eſt neceſſe.* Sed de lege nova contraria poſt ſententiam, ante exſequutionem tamen, lata dubitari poterit. Nempe notum eſt, rem iudicatam inter partes ius & legem facere, *c.* 13. *X. de Sentent. & de re iud.* Tunc vero, quum duæ leges concurrunt, poſterior vincit priorem, *L.* 4. *pr. de Conſtit. principum.* Videtur ergo & res iudicata per legem novam tolli. Verum enim vero lex poſterior locorum & perſonarum iura ſingularia, niſi hoc expreſſe caveat, nunquam tollit, *c.* 1. *de Conſtitutionibus in* 6. Deinde lex nova ad negotia præterita & pendentia non pertinet, *L.* 7. *C. de Legibus.* Commemorabo exemplum: In concurſu quodam creditorum, intricato admodum, quidam ex creditoribus potiora iura habens petierat, ut ſibi interim, dum lis agitaretur, debitum perſolveretur. Et decreverat hoc iudex, cauſſa cognita. Nec quisquam contra appellabat. Sed pendente iudicio rex legem fert, ne quis creditor in poſterum ante finem concurſus pecuniam ſine uſuris auferat. Illi igitur debitum ex re iudicata poſcenti lex nova obiicitur, quam tamen ipſi non obſtare, ICti Helmſtadienſes menſe Martio anni CIƆ IƆ CC XXIII. iudicarunt: Daß Klägern die erkannte 1600. Thaler ohne Verzinſung abzufolgen. V. R. W. Rat. dec. Es ſuchet Kläger, daß ihm die 1600. Thlr. ex depoſito ohne Zinß abgefolget werden möchten. Nun ſcheinen ihm zwar die Königlichen Edicta, welche die Hebung der Gelder ex depoſito nicht anders, denn gegen Verzinſung, verſtatten, im Wege zu ſtehen. Nachdem aber dieſer Punct, daß dem Kläger 1600 Thlr. frey abzufolgen, bereits vor Publication der Königl. Edicten Rechtskräftig entſchieden geweſen, mithin Kläger ſchon ein ius quæſitum

gehabt,

Digitized by Google

gehabt, demnach nicht zu vermuthen ist, daß Königliche Majestät ihm solches nehmen, und die durch kostbaren Procefs erhaltene Urtheile auf einmal annulliren wollen, wie denn ohnedes bekannter Massen neue Gesetze auf actus præteritos, dafür sonder Zweifel auch res iudicatæ zu achten seynd, nicht gezogen werden können; So haben wir in diesem Puncte den gegebenen Bescheid nach Klägers Begehren erkläret.

III.

Res iudicata nequit in caussis civilibus retractari ob novas probationes

IV.

Bene tamen in caussis criminalibus.

Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res iudicatas restaurari vetat *L. 35. D. & L. 4. C. de Re iudicata.* Id quod multo magis in testibus, qui instrumentorum nomine sæpe comprehenduntur per *L. 1. de Fide instrumentorum*, verum esse, mense Iulio anni CIϽ IϽ CC XIV. iudicatum fuit: Daß Beklagter seines Vorwendens ungeachtet, dem am 31. Ianuar. 1704. ertheilten fol. 66. befindlichen Bescheide Gehorsam zu leisten schuldig. V. R. W. Rat. dec. Es seynd viel Ursachen vorhanden, derenthalben Beklagter mit seinem Einwenden nicht ferner zu hören ist. Denn anfänglich hat er den in Beyseyn beyder Partheyen Anwälde gegebenen Bescheid in Kraft Rechtens ergehen lassen, da denn in Iure ausgemachet, daß contra rem iudicatam keine neue Instrumenta, vielweniger also neue Zeugen, zugelassen werden. Sed quid de caussis criminalibus sentiendum? In his quoque rem iudicatam ob novas probationes impugnari posse, negat *Berlichius P. 1. dec. 40. n. 2.* & firmat sententiam suam argumento *legis 27. pr. de Pœnis*, quæ reum, damnatum & punitum propterea, quod non haberet probationum instrumenta, quæ postea repererit, in integrum restitui, sed id duntaxat a

Digitized by Google

principibus fieri posse, ait. Accedit, quod in *c.* 6. *X. de Accusationibus* simpliciter dicitur, de his criminibus, de quibus absolutus est accusatus, non posse accusationem replicari. Ego tamen, inquisitum, etsi absolutum, novis probationibus supervenientibus, iterum reum fieri, nec exceptione rei iudicatæ se tueri posse, credo. Namque regula, quod sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, in negotiis publicis expresse limitatur, atque in iis permittitur huiusmodi instrumentis uti, *L.* 35. *de Re iudicata.* At caussæ criminales sine dubio negotia publica sunt. Deinde, reum evidentioribus argumentis oppressum repeti in quæstionem posse, dicit Paulus in *L.* 18. §. 1. *de Pœnis.* Consentit *Carpzov. Quæst. Criminal.* 125. *n.* 8. Sic quoque ICti nostri mense Augusto anni CIƆ IƆ CC XVIII. responderunt: Was die Inquisition betrift, so sehen wir nicht, wie Beklagter sich derer entbrechen könne. Denn ob wol der Zeugen Aussage wegen der ihnen entgegen gesetzten Exceptionen nicht hinreichend ist, ihn völlig zu convinciren, so werden doch die zu Anstellung einer Inquisition erfoderte Indicia dadurch genugsam bescheiniget, und entstehet daraus wider Beklagten ein allzugrosser Verdacht, daß man ihn zum Reinigungs-Eyde, wozu er sich erbietet, zu lassen billiges Bedenken träget. Auch mag ihm das fol. 17. beygelegte Attestatum des Semmer-Amtes nicht zu statten kommen, weil damalen wegen Abwesenheit der Klägerin, und Mangel der jetzo erst sich hervor gethanen Indiciorum, die Sache nicht gründlich untersuchet werden mögen, wie solches aus dem Inhalte gedachten Attestati mit mehrern erhellet.

V.

Tunc tamen res iudicata etiam in caussis civilibus ex instrumento noviter reperto retractatur, quum instrumentum illud nulla falsi suspicione laborat, atque ex eo iniquitas prioris sententiæ sine diuturna lite evidenter apparet.

Con-

Digitized by Google

Condemnatus fuerat reus, solveratque rei iucatæ obtemperans. Post mortem eius heredes, dum hereditatem adeunt, inter ceteras scripturas apocham actoris, qua ille sibi olim iam satisfactum fatebatur, reperiunt. Sæpe ad eam provocarat reus, sed proferre illam iussus invenire non poterat. Nullum in illa fraudis falsique vestigium adparebat. Manus sine dubio actoris erat. Igitur heredes restitutionem in integrum petunt. Respondet adversarius nihil aliud, quam restitutionem in integrum contra rem iudicatam locum non habere, propter claras *L.* 35. *D* & *L.* 4. *C. de Re iudicata.* Heredes contra cunctas, quæ passim apud interpretes istarum LL. occurrunt, limitationes colligunt, atque singulas ad præsentem casum applicare tentant. Tandem ICti Helmstadienses, actis ad se mense Novembri anni CIƆ IƆ CC XXVIII. delatis, restitutionem in integrum indulserunt, triplici inprimis ratione moti. Primum auctores legum istarum, quæ novis instrumentis post rem iudicatam locum denegant, hoc maxime cavere voluerunt, ne lites semel sopitæ resuscitentur. Id quod ex verbis: *sub obtentu, restitui negotia minime oporteat, sub specie, restaurari;* non obscure adparet. At vero hic, ubi documentum evidens nullique suspicioni obnoxium proferebatur, lis nulla de negotio ipso metui poterat. Itaque, deficiente ratione legum, leges ipsæ ad hunc casum trahi non debebant. Deinde fac etiam, leges Romanas duriores esse, & restitutionem in integrum penitus, ex instrumentis quoque liquidissimis, excludere. Duritiem hanc legum Romanarum iam diu temperavit ius canonicum, atque restitutionem in integrum ex noviter reperto evidenti documento indulsit in *c.* 5. *X. de in integrum restitutione;* verbis: *cuius tenorem nos in registro ipsius invenimus incorruptum.* Tandem *lex* 8. C. *de Iudiciis* in omnibus rebus

bus præcipuam iustitiæ æquitatisque, quam stricti iuris, rationem haberi iubet. Quamobrem sic iudicatum fuit: Würde derjenige von Impetranten, welcher die Kerckersche Quitung gefunden haben will, endlich erhalten, daß er von selbiger vor dem letzten Jenischen Urthel nichts gewust, sondern sie nachgehends erst unter seines Vaters Sachen gefunden, so werden Impetranten billig in integrum restituiret, und aus dem Kerkerschen Concurse unter den übrigen Depositen-Geldern mit 342. Thaler 26. Groschen vergnüget, die bisher verwandte Unkosten aber gegen einander aufgehoben. V. R. W. Rat. dec. Als vor einigen Jahren des Regierungs-Raths von Halem Güter mit Arrest beschlagen, und seine Einkünfte und baare Gelder gerichtlich deponiret worden, so hat der Regierungs-Rath Kercker die Administration dieses gerichtlichen Depositi gehabt. Dieser Kercker hat nach seinem Absterben einen Concursum creditorum erregt, bey welchem sich der vom Halem gemeldet, und eine Specification der von Kerckern ad depositum genommenen Gelder übergeben. Kerckerscher Seits hat man eine Gegen-Rechnung gezogen, und darinnen einige 100. Thaler, so mehr ausgegeben wären, als ad depositum gekommen, angesetzet. In dieser Gegen-Rechnung stehet unter andern 342. Thaler 26. Groschen, die Kercker der Wittwe Wulfin von wegen des von Halem bezahlet. Der von Halem gestehet diese Zahlung zu, sagt aber, er habe solche Post in specie vorher ad depositum geliefert, demnach, da solche gleich wieder ausgezahlet worden, nicht nöthig gehalten, ihrer bey der Liquidation zu gedenken. Darauf ist ihm, solches sein Vorgeben besser zu erweisen, auferleget worden. Er hat auch den Beweis angetreten, aber nicht vollführet, ist also diese Post dem Kerckerischen Concurse gut zu thun Rechtskräftig condemniret worden. Sieben viertel Jahr hernach kommen des von Halem Erben, sagen, sie hätten Kerckers eigenhändige Quitung über die an ihn gelieferte 342. thl. 26. gr. aufgefunden, legen solche in Original bey, und

und bitten restitutionem in integrum contra rem iudicatam, welche ihnen die Königliche Regierung anfänglich abgesprochen, jedoch wider solches Erkänntniß die Revision verstattet. Nun verbieten zwar unsere Rechte ausdrücklich, sub obtentu und specie novorum instrumentorum Rechtskräftige Urtheile anzufechten und wieder umzuwerfen. Alldieweil aber das von neuem ad acta gebrachte document so klar und deutlich verfasset ist, daß, wenn es von Anbeginn da gewesen wäre, der von Halem nothwendig den Sieg erhalten haben würde, immassen die Imploraten selbst hin und wieder in actis, insonderheit sub No. 25. p. 7. auf Production dieser Quitung dringen, und, wie alles darauf ankomme, deutlich zugestehen, hiernächst die Kerckersche Creditores keine einige suspicionem falsi wider gedachtes document anzuführen wissen, sondern sich nur schlechtweg auf den rigorem iuris berufen, demnach wider die Regeln der offenbaren Billigkeit, welche doch dem stricto iuri vorzuziehen ist, dasjenige, was der von Halem schon einmal bezahlet, von ihm und seinen Erben noch einmal bezahlet haben, und aus dessen damno ein lucrum ziehen wollen, ferner die oben in contrarium angeführte leges eigentlich nur von dem casu zu handeln scheinen, da unter dem prætext neu aufgefundener documenten ein neuer zweifelhafter Procefs über die Gültigkeit solcher documentorum erreget wird, hier hingegen, wie oben gedacht, ein neues, klares, ungezweifeltes instrumentum, welches paratam exsequutionem hat, vorhanden ist, weiter, und wenn auch das ius civile so gar stricte von allen neu aufgefundenen und unzweifelhaften documenten zu verstehen wäre, solche Härtigkeit doch in den Canonischen Rechten temperiret, und die restitutio in integrum wider ein Rechtskräftiges Urtheil aus einem neu aufgefundenen klaren documento verstattet wird, endlich wider alle Wahrscheinlichkeit lauffet, daß der Regierungs-Rath Kercker, welcher andere Depositen-Gelder angegriffen, und grosse, sein Vermögen übersteigende

Schulden gemacht, vor dem von Halem aus freyen Stücken mehr, als er von demselben in deposito gehabt, bezahlet habe, folglich dieser Umstand die Richtigkeit der aufgefundenen Quitung über die Maasse bestärcket; So haben wir die Halemsche Erben billig in integrum restituiret.

VI.

Sententia, quæ cum recta ratione pugnat, nunquam fit res iudicata.

Thesin ipsam nemo, credo, in dubium vocabit. Igitur exemplum saltem nunc adferam. Sic nempe ICti Helmstadienses mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XXI. iudicarunt: Nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß Klägere schlechterdinges wider das letztere fol. 489. befindliche Kielische Urthel in integrum zu restituiren. V. R. W. Rat. dec. Die Richtigkeit des in dem letzteren Urthel befindlichen Anhangs fällt so gar deutlich in die Augen, daß, wenn auch das wider dieses neue Gravamen eingewendete Remedium unzuläßig, und gedachter Anhang eine durch alle Instantien bestätigte Res iudicata wäre, wir gleichwol zu Verhütung eines unnützen Processes und vergeblichen Aufenthalts der Sache würden gezwungen seyn worden, obgemeldtes Urthel in diesem Punct zu reformiren. Es hat dieses Urthel Klägern den Beweis, daß ihr bey der Publication des andern Kielischen Urthels zugegen gewesener Procurator nicht solvendo sey, nachgelassen, und also, daß derselbe bey solcher Publication etwas versehen, præsupponiret. Dieses Versehen nun muß entweder darinnen bestanden haben, daß er wider die Publication nicht protestiret und solche verhindert, oder, daß er gegen das eröfnete Urthel kein ander Remedium eingewendet, sondern bloß dessen Remotion ab actis gesuchet. Das erste kann kein Versehen seyn, indem Procurator mit der grössesten Wahrscheinlichkeit vermuthen müssen, das zweyte von Kiel eingeholte Urthel werde dem vorhergehenden gleichfalls daselbst abgefasseten und zum Vortheil

seiner

seiner Principalen ausgefallenen gemäß seyn, folglich sehr thöricht würde gehandelt haben, im Fall er sich der Publication einer allem Ansehen nach vor ihm guten Sentenz widersetzet, und solche nicht vielmehr nach Möglichkeit befodert hätte. Das andere vermeyntliche Versehen entschuldigen Klägere selbst fol. 914. b. und gestehen, es sey kein anderes Remedium, als die gesuchte Remotion ab Actis, übrig gewesen. Bey so gestalten Sachen nun würde der oft gemeldete Anhang diesen Effect nach sich ziehen: Klägere müsten, um den Beweis gebührend zu führen, gegen ihres verstorbenen Procuratoris Erben Klage anstellen, und sie ordentlich exsecutiren. Selbige würden exceptionem non competentis actionis vorschützen, und bey obigen Umständen nach einem Processe von etlichen Jahren endlich losgesprochen werden. Und denn entstünde wieder ein neuer Streit zwischen unsern Partheyen, ob Klägere dem Anhang einen Genügen gethan, und also in integrum zu restituiren wären? Da nun die Schuldigkeit eines vernünftigen Richters erfordert, dergleichen vergebene Processe zu hindern, so haben wir nicht umhin gekonnt, mit Abschneidung des viel berührten Anhangs, das letztere Kielische Urthel zwar bey den Acten zu lassen, und also das Hällische Urthel in so weit zu bestätigen, jedoch Klägere zugleich dagegen in integrum zu restituiren.

VII.

Sententia, quae iniquitatem continet, auctoritatem rei iudicatae nunquam consequitur.

VIII.

Sententia, quae superfluum iusiurandum decernit, iniquitatem continet.

Vtramque thesin illustrabit sententia a ICtis Helmstadiensibus mense Augusto anni CIↃIↃCCXXVII. exarata: Daß Johann Friederich Wiesenhüter allein zu dem erkannten Eyde zu lassen sey. V. R. W. Rat. dec. Es haben vorige Urthels-

Fassere beyden Klägern den Eyd darüber, daß das nach Augsburg gesandte Silber eben dasjenige, welches sie von der Beklagten erhalten, gewesen, auferleget. Nun meldet sich anjetzo der eine Bruder, und will allein schweren, mit Anführung, daß sein Bruder ihm die Direction der Handlung allein überlassen, folglich von der Uebersendung des Silbers nach Augsburg nichts wisse, also den Eyd nicht wol ablegen könne. Beklagte hingegen berufet sich auf das Rechtskräftige Urthel, und will, im Fall der andere Bruder nicht schweren sollte, wegen des Antheils von der Klage entbunden seyn. Alldieweil aber vorige Urtheils-Fasser von dem jetzt durch Johann Friederich Wiesenhüter angeführten Umstande nichts gewust, und vermuthlich, wenn sie ihn gewust hätten, beyden Brüdern den Eyd nicht auferleget haben würden, hiernächst, und da man ja auf Abschwerung des beyden Klägern zuerkannten Eydes beharren wollte, der andere Bruder doch nur ad iusiurandum credulitatis gelassen werden müste, und denn solches iusiurandum credulitatis ganz überflüßig seyn würde, nachdem sich solches doch auf das von Johann Friedrichen abzulegende iusiurandum veritatis beziehet, gleichwol einem Richter alle vergebene Eyde zu verhüten oblieget, *cap.* 26. *X. de Iureiurando*, folglich ihm die Macht, die Eydes-Formuln zu ändern und nach seinem Gutachten einzurichten, *L.* 34. §. 5. & 8. *de Iureiurando*, ja so gar von Rechtskräftigen Urtheln hierunter abzuweichen, zustehet, indem ein Urthel, in so weit es den Namen Gottes unnützlich zu führen Anlaß giebet, die Kraft Rechtens nicht ergreifen kann, *c.* 9. *X. de Sententia & re iudicata, Leyser in Meditat. ad Pandect. Specim. CXXXVII. de Officio iudicis circa iusiurandum Medit.* 3. So haben wir nach Inhalt unseres Urthels erkannt.

IX.

Digitized by Google

IX.

Restitutio in integrum ex clausula generali, si quae mihi iusta caussa videbitur, contra rem iudicatam locum habet.

Negant multi, maiorem contra rem iudicatam in integrum restitui posse, atque argumentum ex *L.* 10. *C. de Procuratoribus* ducunt. Sed hæc lex de casu plane singulari agit, atque adeo huc non pertinet. Contrarium vero æquitati & iuribus in *L.* 30. §. 1. *Ex quibus caussis maiores L.* 1. *C. de Iuris & facti ignorant.* inprimis in *c.* 5. *X. de in integrum restitutione & cap.* 8. *X. de Appellat.* convenit. ICti Helmstadienses quoque mense Augusto anni CIƆIƆCCXXVI. sic iudicarunt ex his rationibus: Klägere haben dem beklagten Stifte seit 100. und mehr Jahren her jährlich statt des Zehenten ein jeder 3. Malter und 3. Scheffel entrichtet, auch alle 12. Jahr den Weinkauf bezahlet, seynd aber endlich dieses letztern halber in Streit gerathen, und haben verlanget, auch erhalten, daß das Stift in Zukunft sie nicht weiter zu Abführung Sack-Zehentens anhalten, sondern solchen in natura von aller Länderey, deren Exception Klägere nicht beweisen könnten, abziehen solle. Diesen Beweis zu führen, haben Klägere von dem Stifte die Edition einiger Protocollen und Briefe, nebst dem iureiurando editionis, gefodert, auch erlanget, und seynd, nachdem aus diesen Documentis nichts vortheilhaftes vor sie zu ersehen, auch die zu Vollführung des Beweises ihnen præclusive gesetzte Frist verstrichen gewesen, den Zehenten aus allen ihren Ländereyen abfolgen zu lassen, anbey die nach abgeschwornem Eyde aufgegangene Unkosten zu erstatten verdammet worden, wogegen sie zwar ein Remedium eingewendet, allein damit sowohl von der löblichen Canzeley als des Herrn Bischofs Königl. Hoheit selbst abgewiesen worden, nichts destoweniger jedoch abermal restitutionem in integrum, unter dem Vorwande neu aufgefundener Documenten, gesuchet. Also ist die Haupt-Frage: Ob

Klägere ex documentis noviter repertis restitutionem in integrum fodern können? Das Stift verneinet es, und will mit vielen Gründen behaupten, daß dergleichen Restitution contra iusiurandum præstitum, contra transactionem und contra rem iudicatam keine statt finde. Nun ist hier weder de iuramento, indem das von dem Stifte abgeschworne iusiurandum manifestationis vor keinen Haupt-Eyd, sondern nur pro specie iurisiurandi calumniæ geachtet wird, noch de transactione, wovon in actis keine Nachricht vorhanden ist, sondern lediglich de re iudicata die Frage. Contra rem iudicatam verstatten die Rechte einem maiorenni aus erheblichen Ursachen restitutionem in integrum. Dergleichen Ursachen seynd hier allerdings vorhanden, und bestehen theils in den neu aufgefundenen Documenten, theils in simplicitate und rusticitate der Klägere, theils in interesse publico, gestalt dem publico daran gelegen, daß contribuable Unterthanen durch übermäßige Zehenten nicht verdorben werden, theils in præiudicio principis, als Lehn-Herrns. Diese Motiven seynd so wichtig, daß wir nicht einmal vor nöthig achten, die Klägere zum Eyde, wie sie vorher von den inducirten Documenten nichts gewust, anzustrengen, indem die Restitution ihnen, wenn sie gleich von solchen Documenten Nachricht gehabt hätten, dennoch aus den übrigen Ursachen angedeyhen müste.

X.

Res iudicata in iis capitibus, in quibus litigatoris non interest, ius ei non tribuit.

Iussus erat reus per rem iudicatam iurare, & quidem in oppido, a quo longe remotus habitabat. Nec detrectabat iusiurandum, sed flagitabat saltem, ut in foro domicilii ad iurandum admitteretur, valetudinem, senectutem, longinquitatem & incommoda itineris obtendens. Contradicebat

dicebat acriter actor, auctoritate rei iudicatæ fretus. Sed nec commodum nec incommodum memorabat, quod ex loco in se redundaturum esset. Apparebat igitur facile, eum non alia ex caussa rei iudicatæ insistere, quam ut adversario ægre faceret. Quod profecto mera malitia erat, cui indulgeri non oportebat. Accedit, quod exceptio tua non interest etiam ei, qui ex pacto agit, obest; *L.* 15. *pr. de Servitutibus.* Sic igitur mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XVI. iudicavimus: Würden Beklagte ihr Vorgeben vermittelst Eydes bestärcken, welches ihnen denn, woferne Kläger kein sonderliches auf seiner Seite waltendes Interesse dawider anzuführen weiß, an dem Orte ihres Aufenthalts gerichtlich zu thun vergönnet wird; So 2c. V. R. W. Rat dec. Beklagte seynd willig zu schweren, bitten auch, ihnen die Abschwerung dieser Eyde in foro domicilii zu verstatten. Kläger protestiret dawider, und gründet sich diesfalls in re iudicata. Weilen aber, wenn Kläger ein gegründetes Interesse angeben kann, weshalben er die Abschwerung des Eydes præcise zu Sorau oder Lübben prætendiret, demselben das ex re iudicata erhaltene Recht, wie ungelegen es auch Beklagten fiele, nicht zu nehmen ist, dahingegen, und wenn er einigen ihm daraus zuwachsenden Vortheil oder Nachtheil anzugeben nicht vermag, eine blosse Maliz seyn würde, die Beklagte zu einer so weiten Reise ohne erhebliche Ursach zu obligiren, und ihnen nur dadurch wehe zu thun; So haben wir, immassen in unserem Urthel enthalten, erkannt.

COROLLARIVM.

Sententia aliquando ante decendium fit res iudicata, tunc scilicet, quum is, adversus quem ea lata fuit, illam confestim agnoscit, e. g. si debitor condemnatus dilationem ad solutionem petat, L. 5. C. de Re iudicata. *Hæc tamen agnitio seria esse debet. Igitur in casu, quo reus post publicationem sententiæ sibi maxime contrariæ per*

Digitized by Google

per ludibrium dixerat: gratias pro egregio hoc decreto ago; ſenatus Lipſienſis apud Lipffelium von Wechſelbriefen pag. 529. male iudicavit, illum ſententiæ adquieviſſe, atque remediis ſuſpenſivis uti non poſſe.

SPECIMEN CCCCLXXI.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB XLII. TIT. I.

DE

REGVLA, QVOD RES IVDICATA INTVITV TERTII NON VALEAT.

I.

Regula iuris naturalis & ſcripti eſt, rem iudicatam aliis neque nocere neque prodeſſe.

II.

Alius dici nequit is, cuius nomine lis legitime tractata eſt.

III.

Aliquando lex alterum ſine mandato alterius iura defendere iubet.

Inter regulas iuris naturæ, quas iurium ſcriptorum conditores legibus ſuis interſperſerunt, illa etiam reperitur, qua res inter alios iudicatæ aliis neque nocere, neque prodeſſe dicuntur. Eam rectæ rationi convenire, non opus eſt, ut probem, quum, negatum id a quopiam fuiſſe, non

Digitized by Google

non recorder. Nec in colligendis legibus ſcriptis, quæ regulam iſtam repetunt, operam conſumam. Memorabo ſaltem, quæ confeſtim ſuccurrunt, *L.* 63. *pr. de Re iudicata*, *L.* 16. *Qui potiores in pignore*, *L.* 1. *de Except. rei iud.* *L.* 14. §. 1. *de Appellat.* *L.* 2. 3. 4. *C. Quibus res iudicata non nocet*, *c.* 17. & 25. *X. de Sentent. & re iudic.* Verba regulæ explicatione non egent. Norunt omnes, quid ſit res iudicata, quid nocere, quid prodeſſe. Circa vocem *alius* hic monebo ſaltem, quod tamen & alii ante me iam pridem monuerunt, alium hic non dici eum, qui ipſe quidem in iudico non interfuit, ſed cuius nomine tamen lis legitime agitata & pertractata fuit. De mandante, quod is rem adverſus procuratorem ſuum iudicatam agnoſcere debeat, dubium nullum eſt. Vide *L.* 1. *C. Quibus res iudicata non nocet*. Idem de his dicendum, quorum cauſſam, quamvis tacentibus ipſis, lex alii agendam committit. Huc pertinent pupilli minoresve, quibus res contra tutores aut curatores, aut eorum actores, item pro iis iudicata & nocet & prodeſt, *L.* 6. & 7. *Quando ex facto tutoris.* Deinde liberi in patria poteſtate conſtituti, quorum pater de bonis ipſorum adventitiis litigavit, ex re inter patrem & adverſarium iudicata & commodum habent & incommodum, ſiquidem pater ex Iuſtiniani in *L.* 8. §. 3. *C. de Bonis, quæ liberis* præcepto liberorum, qui maiores XXV. annis & præſentes fuerunt, conſenſum adhibuerit. Porro uxor rem contra maritum iudicatam perinde, ac ſi ſecum actum eſſet, agnoſcere neceſſum habet. Qua de re operæ pretium eſt paulo accuratius agi.

IV.

Maritus legitimus uxoris procurator in bonis dotalibus, paraphernalibus ac receptitiis eſt.

V.

Res tamen contra maritum iudicata uxori non aliter nocet, quam, si lis & nomine uxoris & consensu eius adhibito agitata fuit.

Iura nostra maritum legitimum in litibus uxoris suæ procuratorem constituunt, atque sine mandato iudicium subire permittunt. Primus hoc sanxisse videtur Constantinus in *L.* 21. *C. de Procuratoribus*, quem sequutus est Iustinianus in *L. ult C. de Pactis conventis*, in eo solo a Constantino diversus, quod, quam Constantinus maritis imposuerat, de rato cavendi necessitatem remisit. Nec discrimen inter bona uxoris hic faciendum est, quamvis id multos & nuper adhuc *Ludovici in Doctrina pandectarum tit. de Procuratoribus* §. 13. facere animadverto. Sic ille scilicet: *Gaudet*, inquit, *præsumto mandato maritus, scilicet intuitu bonorum uxoris receptitiorum*, l. 21. C. h. t. *Quod enim hic textus ad receptitia sit restringendus, exinde colligunt, quia intuitu* paraphernalium *nullo mandato indiget maritus, sed legitimus est administrator, adeoque absque cautione de rato agit*, l. fin. C. de Pact. convent. *in dotalibus autem plane dominus est, & proprio nomine agit*, v. l. 7 §. 3. ff. de iur. dot. l. 9. C. de R. V. Sed quid opus est distinctione, ubi leges non distinguunt? Ius Romanum discrimen inter bona paraphernalia & receptitia prorsus ignorat, quemadmodum *Præses in Specimine CCCII. de Discrimine bonorum uxoriorum medit.* 1. ostendit. Neque ullum huius differentiæ vestigium in *L.* 21. *C. de Procuratoribus* & *L. ult. C. de Pactis conventis* occurrit. Ambæ de rebus uxoriis in genere agunt. Sed quod in priore cautio exigitur, in posteriore remittitur, hoc per incuriam Triboniani factum, qui sæpe immemor sequutæ correctionis iura vetera & antiquata ex priscis auctoribus & voluminibus excerpit, locisque suis inserit, deinde vero etiam nova, quibus priora illa sublata sunt, ponit. Hanc Triboniani & sociorum eius oblivio-

obliviosam negligentiam, cuius mille & plura exempla passim in Digestis, Codice & Institutionibus occurrunt, quia agnoscere detrectant communes interpretes & subtilibus conciliationibus obtegere laborant, hinc illæ in iure Romano tenebræ & difficultates oriuntur. Si quis ab hac superstitione, qua vulgo nihil obsoletum in libris iuris positum creditur, immunis est, illi leges Romanæ longe planiores erunt. Sed hæc obiter. Redeo in viam, ac dico, maritum non solum in rebus paraphernalibus ac receptitiis, sed etiam in dotalibus, legitimum uxoris suæ procuratorem esse. Obiiciunt: maritum dotalium dominum esse, & proprio nomine agere posse. Fateor. Potest proprio nomine agere. Sed tunc saltem de suo iure, nempe de dominio revocabili, quod in re dotali habet, agit. Dissoluto autem deinde matrimonio, vel etiam constante illo, si maritus ad inopiam vergat, per *L.* 29. *C. de Iure dotium* reviviscet ius uxoris, nihilque ei nocebunt res contra maritum iudicatæ, quum exceptione rei inter alios gestæ tuta sit. Improvidus itaque est litigator, qui maritum proprio nomine super rebus sive dotalibus, sive paraphernalibus, sive receptitiis, secum experiri patitur. Flagitandum est, ut uxori ipsi citationes insinuentur, atque maritus, siquidem solus compareat, consensum tamen uxoris adhibeat. Neque enim video, cur uxor deterioris conditionis esse debeat, quam filiusfamilias, cuius consensum pater in litibus de peculio adhibere iubetur, *L.* 8. §. 3. *C. de Bonis quæ liberis.* Quodsi hoc neglectum, & lis a marito solo, inconsulta uxore, quamvis nomine forsan eius adhibito, peracta sit, res iudicata tamen intuitu uxoris res inter alios acta erit. Rem exemplo illustrabo. Maritus uxorem, ut pro se intercederet, minis verberibusque coegerat. Creditor ex chirographo ambos coniuges simul convenerat. Comparuerat maritus in iudicio solus suo & uxoris

 nomine,

nomine, agnoverat utriusque manum, & varia opposuerat. Sed exceptionem metus, quæ maxime uxori profuisset, reticuerat. Damnantur ergo ambo. Moritur postea maritus, & actio rei iudicatæ adversus viduam instituitur. Illa exceptione rei inter alios actæ sese tuetur. Et adstipulati ei sunt ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXXVI. Administratio enim, quam iura marito in bonis uxoris committunt, eo extendi non debet, ut iuribus uxoris renunciare aut ea tacendo remittere queat, *L.* 63. *D.* & *L.* 16. *C. de Procuratoribus.* Accedebat, quod in ista, quam memoravi, specie aliqua collusio inter maritum & creditorem intercesserat, dum maritus exceptionem maximi momenti, quam sine turpitudine obiicere non potuisset, omiserat. Adiiciam responsi verba: Ist Emilia bey dem über ihres Mannes Verlassenschaft entstandenen Concurse mit ihren Illatis der Frau Corneliæ, in Ansehung einer von ihrem Ehemanne dem Vorgeben nach geleisteten Bürgerschaft, nachgesetzet, und die auf das subhastirte Haus gebotene 400. Thaler gerichtlich zu deponiren angewiesen worden, wider welches Erkänntniß die Emilia Supplication eingewendet, und zu deren Iustification des Rechtens belehret seyn will, ob die zum Grunde des Classifications-Urthels gesetzte Bürgschafts-Verschreibung pro recognita ehemalen erkannt, und nunmehr geachtet werden könne, oder ob nicht vielmehr der Emiliæ ihre Exceptiones dagegen auszuführen verstattet werden sollen. Nun scheinen ihr zwar die bey Lebzeiten ihres Mannes gegebene, und in Kraft Rechtens erschossene Bescheide, worinnen die angeführte Verschreibung für richtig angenommen worden, im Wege zu stehen, und zwar um so viel desto mehr, da die vorher gegangene Citationen, laut der von dem Boten gegebenen schriftlichen und bey den Acten befindlichen Zeugnisse, ihr und ihrem Manne zugleich insinuiret worden, mithin sie von dem gegen sie und ihren Mann damalen angestellten Processe gute Nachricht gehabt, und gedachtem ihrem Manne, wo nicht expresse,

wenig-

wenigstens tacite dadurch, daß sie den Procesſs durch ihn führen lassen, Vollmacht ertheilet, überdies ein Ehemann legitimus administrator von seiner Frauen Vermögen, und sie vor Gerichte auch ohne Vollmacht zu vertreten wol befugt ist. Daferne aber dennoch Emilia entweder beybringet, oder allenfalls endlich erhalten könnte, daß sie von dem bey Lebzeiten ihres Mannes gegen sie mit angestellten Processe keine Wissenschaft gehabt, und die an sie gerichtete Citationen ihr nicht zu Händen gekommen, oder sie von demjenigen, was ihr Ehemann in ihrem Namen gehandelt und ad Acta gebracht, nichts gewust, so würde freylich dasjenige, was ihr Mann bey dem Processe ohne ihr Vorwissen gethan, ihr nicht schaden, in Erwegung, daß ein Mann die seiner Frauen zustehende Rechte und exceptiones keinesweges, es sey in oder ausser Gerichte, vergeben, oder selbigen, indem er sie nicht vorschützet, renunciiren kann, zudem allhier die allerstärckste Vermuthung vorhanden ist, es werde der Ehemann die seiner Frauen hauptsächlich gegen die Verschreibung zugestandene Exception, wie er sie nemlich zu Schreibung ihres Namens auf einen leeren Bogen gezwungen, und auf solchem Bogen nachgehends ohne ihr Wissen und Willen die Obligation aufgesetzet, geflissentlich, um nicht propriam turpitudinem zu allegiren, verschwiegen, und dadurch die derselben nachtheilige Decreta verursachet haben, welche Macht einem Ehemanne ohne die gröste Unbilligkeit nicht verstattet werden mag; Bey so gestalten Sachen, und wenn Emilia endlich erhält, sie habe bey Lebzeiten ihres Mannes von dem damalen gegen sie mit angestellten Processe nichts gewust, oder, da sie etwas gewust, nicht die Freyheit gehabt, die ihr gegen die Obligation zustehende exceptiones vorzuschützen, so wird gedachte Obligation keinesweges pro agnita geachtet, sondern der Emiliæ ihre exceptiones dagegen auszuführen verstattet.

VI.

Ex ſimili cauſſa agendi actio rei iudicatæ contra tertium non naſcitur.

 VII.

VII.

Victoria legatarii contra heredem alii legatario non prodest.

Sæpe in *L. ult. C. Quibus res iudicata non nocet* dicitur, constitutum esse, in simili negotio res inter alios actas absenti non præiudicare. Addendum erat: nec prodesse. Vide *L.* 16. *in fin. Qui potiores in pignore.* Exemplum hoc esto: Legatarius ex testamento contra heredem egit, & obtinuit, ut sibi legatum exsolveretur. Iam alius legatarius in iudicium contra eundem heredem prodit, rem iudicatam profert, & exsequutionem flagitat. Heres negat, rei iudicatæ aut exsequutioni hic locum esse, atque easdem exceptiones, quas primo actori opposuerat, iterum secundo huic obiicit. Atque ICti Helmstadienses easdem mense Aprili anni CIↃ IↃ CCXVIII. admiserunt ex his rationibus: Klägers Suchen gehet dahin, seiner Foderung halber so fort die Exsecution zu verhengen. Und gründet er sich auf das am 17. Decemb. 1705. ausgesprochene End-Urthel. Alldieweil aber das wider Beklagten ausgefallene und in Kraft Rechtens erschossene End-Urtheil dem Kläger unmöglich zu statten kommen kann, da bey selbigem die 2. Haupt-Requisita, nemlich identitas personarum und obiecti, mangeln, wie aus den darüber verhandelten Acten Sonnenklar hervor scheinet, dawider nichts thut, daß gleichwol idem agendi fundamentum vorhanden, indem dieses alleine actionem ex re iudicata anzustellen nicht genug, sonderlich wenn, wie allhier, des letzteren Klägers Recht aus des ersteren seinem, welcher die rem iudicatam erhalten, nicht herfliesset; Bey solcher Bewandniß haben wir unmöglich weiter gehen können, als, daß wir die Schriften, welche Beklagter übergeben, statt der ihm auferlegten hauptsächlichen Handlung angenommen, und Klägern also den Beweis des ihm abgeleugneten auferleget, anbey sich der in vorigen Actis befindlichen Nachrichten, Documenten, Zeugen-Aussagen &c. zu bedienen frey gestellet.

VIII.

VIII.

Sententia simpliciter declaratoria alteri tamen, qui in lite non fuit, non nocet.

Contrarium *Cardinalis Tuschus lit. S. conclus.* 174. tuetur, atque, sententiam declaratoriam tertio etiam agenti opponi posse, ait. Eadem illustris *Bergeri in dissert. de Contravindicatione*, quam deinde *Parti* 2. *Supplementorum ad Electa discept. forens. pag.* 1906. *sqq.* inseruit, §. 39. sententia est. Iubet nempe eum, qui rei vindicatione convenitur, si certam de iure suo fiduciam habeat, non simpliciter intentionem actoris negare, sed quoque, sese rei illius dominum esse, affirmare, rationes suas desuper afferre & probare, atque urgere, ut in sententia ipse non saltem absolvatur & actoris intentio reiiciatur, sed, ut praeterea super demonstratione dominii a se facta pronuncietur, & ipsemet dominus declaretur. *Hoc enim*, pergit, *si fiat, eiusmodi sententia & paratam tibi contra quemcunque actorem exceptionem praestabit, & sufficientem dominii probationem in omni caussa suppeditabit.* Tacite praevidet vir illustris regulam nostram: quod res inter alios iudicata aliis non noceat; sibi obiectum iri. Sic ergo ad eandem respondet: *Praemonendum*, inquit, *est, huiusmodi sententiam, quae, peracta contravindicatione, fertur, duo capita continere. Primum contra solum actorem directum est, quo intentio eius eliditur, atque actio ab eo instituta locum non habere pronunciatur. Quod ad hoc caput, sententiam neque in eodem, neque in simili casu tertio nocere posse, concedimus*, t. t. C. Quibus res iudicata non nocet; *item:* Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. *Sed alterum sententiae caput, quod declarationem dominii complectitur, generalius est, nec solum actorem obligat, sed latius se ad alios quoque extendit. Ita enim in iure nostro dispositum esse, pluribus exemplis demonstrabimus. Sic in actione libertinitatis multum interest, utrum in sententia ille, de cuius statu quae-*

quæritur, ſimpliciter ab intentata actione abſolvatur, an vero ſimul ingenuus declaretur. Namque hoc ultimo caſu ſententia ei etiam contra alios proderit, L. 25. de ſtat. hom. *Id quod ſolo libertatis favore conſtitutum non eſſe, ratio* ibidem *ſubiecta, eaque ab auctoritate rei iudicatæ repetita, declarat. Ita in querela inoſſicioſi teſtamenti, ſi generaliter teſtamentum nullum eſſe iudicetur, hæc ſententia omnibus, quorum intereſt, legatariis, fideicommiſſariis &c. licet ipſi non egerint, nocebit*, L. 8. §. 16. de Inoff. teſt. *Vide quoque* L. 44. de Re iud. Quotiescunque igitur ſententia non ad certas perſonas reſtricta eſt, ſed generalem aliquam declarationem continet, toties ea non ſolum illi perſonæ, contra quam lata eſt, ſed unicuique tertio poterit opponi. *Quam regulam non ſolum Clariſſimorum ICtorum ſuffragiis, ſed diverſis quoque præiudiciis egregie declarat & confirmat* Carpzov. P. 1. C. 26. d. 16. & 17. *itemque* Dec. 254. *Ad quem tamen locum poſteriorem adiungas* Brunnemannum ad l. 14. de probat. *Ceteræ rationes, quas DD. ſententiæ noſtræ obiiciunt, facillimo negotio removebuntur. Nam, quod* (1) *aiunt, poſſe iudicem per imprudentiam ſecus, ac debebat, iudicare, & periniquum eſſe, ut talis ſententia tertio noceat; nobis non obſtat. Cum enim ſententia iudicis legibus iuribusque conſtitutis contrariatur, tunc ea ne quidem contra præſentem in rem iudicatam tranſit, ſed per ſe nulla eſt, & neque partibus, neque tertio nocet*, L. 1. §. 2. Quæ ſententiæ ſine appell. L. 2. C. Quando provocare non eſt neceſſe. *Alterum, quod contra nos movent, argumentum ſpecioſius videtur. Dicunt enim* (2) *hoc iuris noſtri principiis repugnare, ut quis inauditus condemnetur, & ut ille, qui non citatus ſe defendere non potuit, iure ſuo privetur, neque amplius audiatur.* L. 174. de R. I. *Sed non video, quomodo caſus iſte exiſtere queat, ut per ſententiam declaratoriam, eamque ſuper contravindicatione latam, tertii iura lædantur. Cum enim nemo dominus alicuius rei declarari queat, niſi*

is

is liquido dominium suum demonstrarit, non poterit deinde tertius existere, qui dominium suum adhuc dilucidius probare possit. Duos enim unius rei in solidum dominos esse non posse, manifesti iuris est. Igitur re vera sententia ista declaratoria, qua contravindicans post sufficientem dominii probationem dominus declaratur, nemini ius quæsitum aufert, sed eum tantummodo contra temerarios litigatores præstat securum. Et finge etiam, existere quendam, cui re vera per huiusmodi sententiam noceatur, tametsi hunc casum rarissimum futurum existimem: tunc tamen idem respondendum erit, quod iis obiicitur, qui iustitiam usucapionum & præscriptionum cerebrina æquitate sua oppugnant, videlicet, bono publico hoc remedium introductum esse, ne lites alantur, & rerum dominia in incerto diu sint, L. 1. de Vsurpationib. & usucap. Porro huic sententiæ & aliorum ICtorum suffragia accedunt. Sic *Alex. l. 7. cons.* 35. actus, ait, inter alios gestus, quo quis se heredem facit, semper quoad omnes probat illum heredem. *Io. Andreas Post c. ult. de Consuet.* sententia lata super consuetudine contra unum omnibus præiudicat. *Baldus l. 5. Cons.* 265. sententia lata super nullitate testamenti contra heredem præiudicat substituto & fideicommissario, etiam non citato. *Mandel. Consil.* 101. sententia lata super validitate instrumenti præiudicat omnibus. *Guid. Pap. Decis.* 549. sententia lata contra unum ex mercatoribus super solutione gabellæ & pedagii in caussa mota per dominum pedagii vel gabellæ præiudicat etiam aliis mercatoribus, licet non citatis. Verum enim vero, si hanc limitationem admittas, actum est de regula nostra, & exceptio rei iudicatæ semper obstabit cuicunque actori, si modo reus iudicem urgeat, ut non simpliciter damnet vel absolvat, sed præterea ius rei actorisve validum firmumque declaret. Ita in potestate partium iudicisque erit, nullam sententiam ferri, quæ non sit declaratoria, quæque contra extraneum

ius non faciat. Id vero periniquum & cum regulis iuris naturalis, quod ipſum rem iudicatam contra alterum proferri vetat, pugnat. Sed *leges* mihi obiiciuntur, ſcilicet 25. *de ſtatu hominum*, 8. §. 16. *de Inoff. teſt.* & 44. *de Re iudicata.* Ego in nulla earum quidquam video, quod mihi obſit. In *L.* 25. *de Statu hominum* dicitur, ingenuum accipi eum, de quo ſententia lata eſt, quamvis fuerit libertinus. Fateor. Quid eſt accipi? Idem, quod haberi, præſumi. Habetur nempe, præſumitur ingenuus, qui talis a iudice declaratus fuit. Facit ergo eiusmodi ſententia præſumtionem quoque contra tertium, ſed non ius. Poterit enim hic venire, atque melioribus & firmioribus argumentis, quam quibus prior actor uſus eſt, oſtendere, non eſſe ingenuum, eſſe libertinum ſuum. Non excludit hunc lex, nec poteſt excludere ſine iniuſtitia. Pergo ad *L.* 8. §. 16. *de inoſſicioſo teſtamento.* Ibi ſcilicet ſententia contra teſtamentum, herede litigante, lata etiam legatariis nocere dicitur. Optime, non quia ſententia declaratoria fuit; hoc quippe nec dicit quidem ICtus; ſed quia ius legatariorum ex iure heredis pendet, & quia illi litem heredi motam ſciverunt, eumque ſolum agere paſſi ſunt. Fac ergo, ignoraſſe iudicium, atque nunc, eo finito, venire, rationibus optimis & ſolidiſſimis pro teſtamento ſuſtinendo inſtructos. Num propterea excludentur ac iure ſuo excident, quod heres, ipſis ignaris, negligentius egit, vel ex inopia probationum victus eſt? Non dicit hoc lex, nec credo, in mentem venire potuiſſe ICto. Quin imo contrarium dicit Vlpianus in *L.* 50. §. 1. *de Legatis* 1. & *L.* 1. *de Exceptione rei iudicatæ.* Supereſt *lex* 44. *de Re iudicata*, quæ ſententiæ contra filiam heredem latæ effectus extendit adverſus eos, ad quos bona hereditaria vel iure ſubſtitutionis vel adcreſcendi pervenerunt. Cuius rei ratio eſt, quod hi in locum filiæ ſucceſſerunt, non quod ſententia declaratoria

ratoria fuit, de quo nec verbum in lege reperitur. Quæ quum ita ſint, non erubeſco contradicere viris ſummis, atque ſtatuere: Sententia, etſi generalem declarationem contineat, tamen ius ſaltem facit inter litigantes, non etiam adverſus extraneum. Et monuit me præſes, ipſos menſe Maio anni CIↃ IↃ CC XI. ſic iudicaſſe ICtos Virembergenſes. Venditum nempe erat prædium pupillare. Hoc unus ex pupillis maior factus tanquam illegitime venditum vindicarat, ſed ſuccubuerat, atque iudex pronunciarat, alienationem iure factam. Poſtea alius frater agere incipit. Obiicitur ei exceptio rei iudicatæ. Sed quamvis hæc declaratoria eſſet, attamen actori non obſtare, creditum fuit: Es iſt die Exceptio rei iudicatæ, deren ſich Beklagte aus dem in actis fol. 7. befindlichen Beſcheide bedienet, allhier ganz nicht zu attendiren, indem dieſer Beſcheid keinesweges wider die jetzige Klägere, ſondern nur wider deren Geſchwiſter, als ſelbige ebenfalls ihre väterliche Erb-Portion geſuchet, ertheilet worden, und aber bekannten Rechtens, daß die exceptio rei contra alios iudicatæ nicht einmal einem coheredi, ob er gleich mit dem vorigen Kläger ſimillimam cauſſam hat, im Wege ſtehe.

SPECIMEN CCCCLXXII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. I.

DE

AVCTORITATE REI IVDICATAE INTVITV TERTII.

I.

Limitationes regulæ, quod res inter alios iudicatæ aliis non præiudicent, duabus regulis poſſunt comprehendi.

 Regula-

R*egulariter*, inquit Gregorius IX. pontifex in *c.* 25. *X. de Sentent. & re iudic. aliis non nocet res inter alios iudicata.* Prima ſtatim vox indicat, ſecus eſſe aliquando, & rem inter alios iudicatam nonnunquam aliis vel nocere vel prodeſſe. Igitur variæ limitationes eius regulæ paſſim occurrunt. Colligere eas atque in certas claſſes diſtribuere voluiſſe videtur *Tiraquellus in comment. in tit. C. Res inter alios actas aliis non præiudicare*, quod opuſculum in *tomo VI.* ſcriptorum Tiraquelli ultimum locum occupat. De eo ſic iudicat *Strykius in diſſert. de Auctoritate rei iudicatæ contra tertium cap.* 1. §. 9. *Nihil aliud egit, quam ut plurimas congereret limitationes, fere ultra quadraginta, & actus adduceret, ubi quodammodo per negotia inter alios acta aliis poſſit præiudicari. Sed nimis ſe diffundere more conſueto per univerſum ius voluit, quam ut ſe intra certos contineret terminos, adeoque etiam pauciſſima, quæ ad effectum rei iudicatæ in alios extendendum pertinent, attulit, multaque alienæ induſtriæ reliquit, & tandem, quæ attulit, magis nuda collectanea, quam genuinis fundamentis eſſe innixa videntur.* Ipſe igitur Strykius rem confuſam ordinare atque limitationes omnes ad certa capita reducere promiſit, ſed vix meliore ſucceſſu. Facit nempe duo capita, atque in primo exponit, an & quatenus exceptio rei iudicatæ alii agenti, qui tamen hactenus in lite non fuit, poſſit opponi; in altero, an & quatenus etiam ex re iudicata exſequutio poſſit contra tertium locum habere. Sed omnium exemplorum, quæ in utroque capite proponuntur, eædem ſunt rationes, idem fundamentum, ut, priore recte expoſito, non opus ſit poſteriore. Ego omnes limitationes duabus regulis comprehendam. Prima hæc eſto: res contra aliquem iudicata nocet ac prodeſt omnibus eis, qui poſtea ius ab illo conſequuti ſunt, *L.* 44. *de Re iudicata.* Altera: quoties duorum iura ita connexa ſunt, ut alterum ex altero pendeat,

pendeat, atque unus ex his ſolus in iudicio agit, tunc res contra hunc iudicata alteri non aliter præiudicat, quam, ſi is iudicium acceptum ſcivit & tacuit, *L.* 63. *de Re iudic. c.* 25. *X. de Sentent. & re iudic.* Exemplis nunc rem illuſtrabimus.

II.

Creditori hypothecario res contra debitorem ante pignoris conſtitutionem iudicatæ nocent, non etiam quæ poſt, niſi ſcienti & tacenti.

Prioris regulæ, quam alii ſic efferunt: Res contra alterum iudicata tertio nocet, quando hic alteri, ſive iure univerſali ſive ſingulari, ſuccedit, & eandem cum anteceſſore defendendi cauſſam idemque ius habet; exemplum luculentum in creditore hypothecario occurrit, qui res omnes contra debitorem, priusquam is rem pignori dediſſet, iudicatas agnoſcere cogitur, *L.* 11. §. *ult. de Re iudic.* Sic menſe Auguſto anni CIƆ IƆ CC XXIV. Helmſtadii iudicatum fuit ex his rationibus: Die Haupt-Frage iſt: Ob die von Klägern gleich Anfangs dem Interdicto Salviano beygefügte und anjetzo wiederholte Actio hypothecaria ſtatt habe? Es will ſolches daher behauptet werden, weil Klägers ob gleich jüngere Pfand-Verſchreibung dennoch tanquam publica und ſpecialis der ältern general- und privat-hypothec vorgehe. Allein, wenn auch gleich dieſes ſeine Richtigkeit hätte, ſo iſt gleichwol zum voraus zu ſetzen, daß Kläger, welcher von Plümern cauſſam hat, alle deſſen gerichtliche Handlungen und wider ihn ergangene Rechts-kräftige Decreta nicht pro rebus inter alios actis, ſondern gleichfalls pro iudicatis halten muß, und nun weiter nicht anfechten kann. Nun erſcheinet aus den beygelegten Urkunden deutlich, daß Buntlmeyer und Werle, ehe noch Kläger ſeine hypothec erhalten, Plümern ihrer Foderungen halber belanget, und Arreſt und Inhibition, von ſeinen Sachen nichts ferner zu veräuſſern oder zu verpfänden, ausgebracht, daß alſo die von Klägern erhaltene

 hypothec,

Digitized by Google

hypothec, in Ansehung Guntlmeyers und Werlens nicht bestehen kann, sondern obbesagte Creditores allerdings befugt gewesen, ihr einmal durch obangeführten Arrest und Inhibition erlangtes Recht fortzusetzen, und endlich die strittige Cämpe gar an sich zu bringen. Bey solchen Umständen seynd alle übrige von Klägern operose vorgesuchte Ausflüchte vergeblich, und hat dessen angestellte actio hypothecaria wider Beklagten keine statt. Contra si debitor post constitutum pignus vel tanquam actor vel reus in iudicio succubuit, res adversus eum iudicata creditori non nocet, *L.* 3. *de Pignoribus*, nisi sciverit atque passus sit, debitorem agere, *L.* 63. *de Re iudicata.*

III.

Res contra dominum directum iudicata domino utili nocet, si hic illum experiri passus est.

IV.

Nec restitutio in integrum locum habet, quamvis dominus directus circa processum quid neglexerit.

Exemplum domini directi & utilis, & quod res contra alterutrum horum iudicata alteri noceat, expresse quidem in iure nostro non reperitur, sed tamen iusto argumento ex *L.* 63. *de Re iudicata* & *c.* 25. *X. de Sentent. & re iudic.* deducitur a *Zangero de Except. P.* 3. *c.* 17. *n.* 77. & *Strykio in Usu moderno tit. de Re iudicata n.* 55. Quid vero si dominus directus vel utilis, dum egit, quid neglexit, atque propterea succubuit; num hæc negligentia quoque alteri nocebit? Nocebit utique, ut ne quidem restitutionem in integrum habeat, quoniam is, qui egit, procuratoris vicem sustinuit, *L.* 39. *Ex quibus caussis maiores*, *L.* 10. *C. de Procuratoribus*, atque adeo alteri actione mandati ad litis æstimationem obligatur, *L.* 66. §. 2. *de Evictionibus.* Sic mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XIII. Helmstadienses iudicarunt ex his rationibus: Klägern, welcher das von der Beklagten besessene Guth als ein Pertinenz-Stück seines so genannten

Digitized by Google

Nurren-Guthes fodert, stehet insonderheit Exceptio rei iudicatæ im Wege, indem Beklagte wider das Closter Holzhausen sowohl in dem Besitze solchen Guthes, als auch in dem ihr zustehenden Meyer-Recht, demnach in petitorio Rechtskräftig geschützet worden. Nun suchet zwar Kläger alles hervor, wodurch er angeführtes Urthel, als die gröste Hinderung seines angestellten Processes, wegzuheben vermeynet. Fürnemlich giebt er es vor eine rem inter alios actam aus, die ihn im geringsten nicht binden könne. Ferner sagt er, es sey von der Aebtißin und dem Closter in solchem Processe überaus schläfrig verfahren worden, wannenhero ihm, sonderlich als einem der Rechte unerfahrnen Land-Manne, wenigstens restitutio in integrum zukommen müsse. Bey dieser Bewandniß verlanget er, daß er, des obgedachten Rechtskräftigen Urthels ungeachtet, zum Beweise gelassen werden möchte, worinnen er auszuführen verhoffet, daß das streitige Guth ein Pertinenz-Stück des ihm zuständigen und von dem Dom-Probst zu Lehn rührenden Hofes sey. Dahingegen kommen der Beklagten die gemeine Rechte zu statten, als welche verordnen, daß derjenige, so ein Guth von einem andern erhalten, und dieserhalben in Process verwickelt wird, solchen aber nicht selbst führet, sondern von seinem auctore führen lässet, hernach alles dasjenige, was darinnen ausgemachet worden, ihm gefallen lassen muß, immassen dieses noch deutlicher in den Canonischen Rechten ausgedrucket, und von bewehrten Rechts-Gelehrten auf den dominum utilem, im Fall dieser den dominum directum den Process führen lässet, erstrecket wird. Nun gestehet Kläger allenthalben in den Acten dem Closter Holzhausen das dominium directum und ius investiendi über das streitige Land zu. Derselbe hat auch, da der Process Anfangs zwischen dem Closter und der jetzigen Beklagten angegangen, solches nicht allein wol gewust, welches nach Innhalt obangeführter Rechter schon genug gewesen, sondern so gar, da ihm laut der ersten Acten fol. 5. Extractus protocolli cum sententia

Digitized by Google

tia remissoria insinuiret worden, geantwortet: Er wäre keinen Heller an den Procesś zu verwenden gesinnet, das Closter Holzhausen müste ihn derenthalben schützen. Welche Worte denn eine dem Closter ertheilte ausdrückliche Vollmacht nicht undeutlich anzeigen. Diesemnach muß Kläger nunmehr sich wegen der von dem Closter begangenen Nachläßigkeit und ihm zuwachsenden Schadens nicht an die jetzige Besitzerin, sondern an das Closter selbst halten. Wie es denn überdies fast unbillig seyn würde, Beklagte, die bereits einen langwierigen Procesś ausgeführet, über eben diese Sache in einen neuen und weit hinaussehenden zu verwickeln.

V.

Res contra subditos iudicata principi & fisco nocet, siquidem hi litem motam sciverunt & tacuerunt.

VI.

Res legitime iudicatæ propter salutem publicam rescindi possunt, non etiam propter publicam utilitatem

Fiscus principis & civitas municipalis ambo sibi iurisdictionem in suburbium vindicabant, &, quum fiscus in possessione esset, civitas actionem confessoriam utilem contra illum instituerat. Sed fiscus, incolas suburbii intervenire totamque litem in se transferre, passus erat. Post longam altercationem secundum civitatem iudicatur, & suburbium iurisdictioni eius subiectum declaratur. Tum vero fiscus expergiscitur, & novas iuris sui in suburbium probationes offert. Negat civitas, has admitti oportere, & rem iudicatam opponit. Fiscus contra, rem hanc inter alios iudicatam sibi non præiudicare, respondet, deinde utilitatem publicam & principis obtendit, hancque iustam res iudicatas rescindendi caussam esse, ait, arg. *L.* 35. *de Re iudicata.* Verum

rum rei iudicatæ auctoritas facillime ex *L.* 63. *de Re iudicata* elidebatur. Clara ſunt legis huius verba: *Scientibus ſententia, quæ inter alios data eſt, obeſt, quum quis de ea re, cuius actio vel defenſio primum ſibi competit, ſequentem agere patiatur.* Et convenit hoc rectæ rationi. Nam patientia illa & taciturnitas verus conſenſus eſt & adprobatio omnium eorum, quæ ab altero geruntur. At nec princeps ea, quibus ſemel conſenſit, retractare poteſt. Gravior videbatur utilitatis publicæ ratio. Nihil eſt hoc obtentu frequentius, nihil etiam vanius. Sæpe per illum cauſſæ, quæ ſua natura mere privatæ ſunt, publicæ efficiuntur. Facillimum quippe eſt, reperire aliquid in qualibet cauſſa, quod indirecte ſaltem ad bonum publicum referatur. Vetus hoc ſub Domitiano tyranno advocatorum artificium fuit, de quo *Plinius lib.* 5. *epiſt.* 1. queritur. Cavendum ergo eſt, ne id temere admittatur. Iam tum *Præſes in Specimine CCXLII. de Auctore evincente, medit.* 1. dixit, prætextum hunc admitti non oportere, niſi evidens ſit, bonum publicum aliter ſervari haud poſſe. Ego nunc rem clariorem facere tentabo, diſtinguendo inter ſalutem & utilitatem publicam. Quando ſalus reipublicæ intercedit, id eſt, tale negotium geritur, ex quo pernicies vel damnum ingens reipublicæ imminet, tunc a communibus iuris regulis recedi, atque etiam res iudicatas reſcindi permitto. Sola vero utilitas publica & acceſſio emolumentorum ac redituum fiſcalium non ſufficit. Leve profecto erat in propoſita ſpecie lucrum, quod ex iurisdictione in ſuburbium fiſco accedere poterat. Rem iudicatam ergo propterea reſcindi non oportebat. Nec obſtabat, quam ſupra memoravi, *lex* 35. *de Re iudicata.* Ea quippe de novis inſtrumentis agit, qualia ſe reperiſſe, fiſcus hic nec dicebat quidem. Quamobrem ICti Helmſtadienſes menſe Iunio anni CIↃ IↃ CCXXII. rem iudicatam etiam fiſco nocere iudicarunt, ex his rationibus: Die Urſa-

tia remissoria insinuiret worden, geantwortet: Er wäre keinen Heller an den Procefs zu verwenden gesinnet, das Closter Holzhausen müste ihn derenthalben schützen. Welche Worte denn eine dem Closter ertheilte ausdrückliche Vollmacht nicht undeutlich anzeigen. Diesemnach muß Kläger nunmehr sich wegen der von dem Closter begangenen Nachläßigkeit und ihm zuwachsenden Schadens nicht an die jetzige Besitzerin, sondern an das Closter selbst halten. Wie es denn überdies fast unbillig seyn würde, Beklagte, die bereits einen langwierigen Procefs ausgeführet, über eben diese Sache in einen neuen und weit hinaussehenden zu verwickeln.

V.

Res contra subditos iudicata principi & fisco nocet, siquidem hi litem motam sciverunt & tacuerunt.

VI.

Res legitime iudicatæ propter salutem publicam rescindi possunt, non etiam propter publicam utilitatem

Fiscus principis & civitas municipalis ambo sibi iurisdictionem in suburbium vindicabant, &, quum fiscus in possessione esset, civitas actionem confessoriam utilem contra illum instituerat. Sed fiscus, incolas suburbii intervenire totamque litem in se transferre, passus erat. Post longam altercationem secundum civitatem iudicatur, & suburbium iurisdictioni eius subiectum declaratur. Tum vero fiscus expergiscitur, & novas iuris sui in suburbium probationes offert. Negat civitas, has admitti oportere, & rem iudicatam opponit. Fiscus contra, rem hanc inter alios iudicatam sibi non præiudicare, respondet, deinde utilitatem publicam & principis obtendit, hancque iustam res iudicatas rescindendi caussam esse, ait, arg. *L.* 35. *de Re iudicata.* Verum

rum rei iudicatæ auctoritas facillime ex *L.* 63. *de Re iudicata* elidebatur. Clara ſunt legis huius verba: *Scientibus ſententia, quæ inter alios data eſt, obeſt, quum quis de ea re, cuius actio vel defenſio primum ſibi competit, ſequentem agere patiatur.* Et convenit hoc rectæ rationi. Nam patientia illa & taciturnitas verus conſenſus eſt & adprobatio omnium eorum, quæ ab altero geruntur. At nec princeps ea, quibus ſemel conſenſit, retractare poteſt. Gravior videbatur utilitatis publicæ ratio. Nihil eſt hoc obtentu frequentius, nihil etiam vanius. Sæpe per illum cauſſæ, quæ ſua natura mere privatæ ſunt, publicæ efficiuntur. Facillimum quippe eſt, reperire aliquid in qualibet cauſſa, quod indirecte ſaltem ad bonum publicum referatur. Vetus hoc ſub Domitiano tyranno advocatorum artificium fuit, de quo *Plinius lib.* 5. *epiſt.* 1. queritur. Cavendum ergo eſt, ne id temere admittatur. Iam tum *Præſes in Specimine CCXLII. de Auctore evincente, medit.* I. dixit, prætextum hunc admitti non oportere, niſi evidens ſit, bonum publicum aliter ſervari haud poſſe. Ego nunc rem clariorem facere tentabo, diſtinguendo inter ſalutem & utilitatem publicam. Quando ſalus reipublicæ intercedit, id eſt, tale negotium geritur, ex quo pernicies vel damnum ingens reipublicæ imminet, tunc a communibus iuris regulis recedi, atque etiam res iudicatas reſcindi permitto. Sola vero utilitas publica & acceſſio emolumentorum ac redituum fiſcalium non ſufficit. Leve profecto erat in propoſita ſpecie lucrum, quod ex iurisdictione in ſuburbium fiſco accedere poterat. Rem iudicatam ergo propterea reſcindi non oportebat. Nec obſtabat, quam ſupra memoravi, *lex* 35. *de Re iudicata.* Ea quippe de novis inſtrumentis agit, qualia ſe reperiſſe, fiſcus hic nec dicebat quidem. Quamobrem ICti Helmſtadienſes menſe Iunio anni CIƆ IƆ CCXXII. rem iudicatam etiam fiſco nocere iudicarunt, ex his rationibus: Die Urſa-

chen, welche uns, voriges Urthel zu bestätigen, und dem Beklagten keinen weiteren Gegen-Beweis zu verstatten, bewogen haben, bestehen darinnen, daß 1. beklagtes Amt die Glauchische Gerichte bey diesem Processe interveniren, und, weil derselben Interesse fast einerley ist, die Sache fortsetzen, Gegen-Beweis führen und alles besorgen lassen, mithin nach ausdrücklicher Verordnung der Rechte alles dasjenige, was obgemeldte Intervenienten gehandelt, auch was wider dieselbe erkannt worden, genehm halten muß, daß 2. beklagtes Amt, wie man aus den Acten ersiehet, bey dem bisher von Intervenienten geführten Processe selbst concurriret, so gar bey Abhörung der von Klägern vorgeschlagenen Zeugen Interrogatoria übergeben, und wohl gewust, wie die von der Königlichen Regierung ertheilte Bescheide und gegebene Verordnungen mit auf des Amtes Namen gerichtet worden, daß 3. wider alle Procesś-Ordnung läuft, nach längst eröfnetem und bekannt gemachtem Rotulo testium einen neuen Gegen-Beweis zu verstatten, daß 4. höchst unverantwortlich ist, den Kläger, dessen in dieser Sache bereits aufgewendete Kosten den daraus zu hoffenden Vortheil allem Ansehen nach übersteigen, unter dem Vorwand des Königlichen Interesse in weitere Unkosten zu stürzen, und mit Aufbürdung aller expensen das publicum patrimonium der Stadt zu erschöpfen, daß 5. Sr. Königlichen Majestät interesse nicht weniger in Conservation der Stadt und des Rathes, als des Amtes, bestehet, diesemnach die ex hoc capite gesuchte Restitution keine statt findet, und daß endlich 6. das Amt gar keine gegründete Argumenta, welche den von Klägern wohl geführten Beweis umzustossen vermögend, anführen kann, also vermuthlich die Restitutio in integrum und Gegen-Beweis doch nur vergeblich seyn würde.

VII.

Res contra consortem litis iudicata ad alterum litis consortem non pertinet.

VIII.

VIII.

Pertinet tamen tunc, quum alter, altero ſciente & permittente, communi nomine litigavit.

Equidem regulariter res contra conſortem litis iudicata ad alterum conſortem litis non pertinet, quum alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat. Exemplum de coheredibus vide in *L.* 15. §. 2. & *L.* 16. *pr. de Inofficioſo teſtamento*. Patet hoc clarius ex *L.* 1. *C. de Conſortibus eiusdem litis*, ubi conſorti uni agendi vel reſpondendi licentia ſine conſorte, ſed ſaltem pro ſua parte, panditur, & ex *L.* 2. *C. eodem*, ubi conſorti litis in ſolidum agere non aliter, quam præſtita cautione rati, permittitur, manifeſto indicio, conſortem ex iis, quæ alter conſors in iudicio etiam communi nomine gerit, per ſe non obligari. Accidit tamen aliquando, ut obligetur, tunc nempe, quando alter conſors communi nomine litigavit, alter vero hoc ſcivit & paſſus eſt. Quæ duo coniunctim requiruntur. Alterutrum ſolum non ſufficit. Nam ſi vel maxime reſciſcam, conſortem meum pro ſe litigare, quia ius meum ex ipſius iure non pendet, ego, ut contradicam, opus non habeo. Viciſſim, ſi communi nomine agat, ego vero id neſciam, non obligor. At ſi ſcivi, & paſſus ſum, pro mandante habeor, *L.* 6. §. 2. *Mandati*, *L.* 60. *de Regulis iuris*. Itaque, ſi rem accuratius conſideres, nulla hic eſt exceptio a regula. Sed conſors, qui conſortem ſuum intervenire permiſit, re ipſa non eſt alius, ſed eadem cum illo, tanquam procuratore ſuo, perſona. Rem exemplo illuſtrabo: Coctores cereviſiæ in quadam civitate litem habebant. Comparebant eorum nomine ſeniores, die Brauälteſte. Ab his adverſarius poſtulabat, ut mandatum proferrent. Nec iniuria, ut videbatur, quia ſeniores collegii facultatem totius collegii nomine in iudicio contendendi nullam habent. Verum ex actis apparebat, ceteros collegas litem motam bene

Digitized by Google

bene nosse, & seniores, ipsis gnaris nec invitis, comparere. Ergo ICti Helmstadienses mense Maio anni CIↃ IↃ CC XXVI. senioribus his necessitatem amplius se legitimandi remiserunt ex his rationibus: Anfänglich hat Kläger bey der von den Beklagten ausgestellten Vollmacht erinnert, es hätte solche von der sämmtlichen Soraischen Brauerschaft unterschrieben werden sollen. Allein da gedachte Brauerschaft die Beklagte in actis primæ instantiæ vor ihre Braualteste erkannt, und selbige den ihr ganzes corpus betreffenden Proceſs fortführen lässet, mithin nach klarer Verordnung der Rechte alles, was gedachte Braualteste handeln, genehm halten, und den wider sie ausfallenden Urtheilen sich schlechterdinges unterwerfen muß; So haben wir Beklagten eine bessere Legitimation aufzuerlegen vor unnöthig geachtet.

IX.

Is, contra quem iudicatum fuit, hoc ex iure tertii impugnare nequit.

Eques Westphalus mulieris defunctæ, quam ille ancillam suam fuisse ait, hereditatem iure dominii a viduo vindicat, atque victricem sententiam contra pertinaciter contumacem obtinet. Fit hæc, lapso decendio, res iudicata. Decernitur itaque exsequutio. Quam ubi imminere sibique ipsi ob contumaciam nullum remedium superesse animadvertit viduus, alium equitem, a quo uxor eius olim manumissa fuerat, excitat. Is nomine mulieris mortuæ intervenit, liberam eam fuisse ait, atque a sententia adversus eam lata appellat. Feruntur tum acta ad ICtos Rintelenses, qui, correcta priore sententia, viduum absolvunt ex hac ratione, quod contumacia eius & res adversus eum iudicata defunctæ uxori præiudicare nequeat. Ab hac sententia actor appellat, atque acta ad nos mittuntur, qui mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XVI. correcta Rintelensium sententia, rem iudicatam confirmavimus. Et iure hoc factum credo. Namque alter ille eques manumissor ex sua persona ius interve-

terveniendi nullum habebat. Obligabatur quidem viduo ad evictionem præstandam tanquam libertatis olim datæ auctor. Sed noverat ille iudicium institutum, tacueratque, atque adeo rem iudicatam impugnare nunc non poterat per *L. 63. de Re iudicata* & *c. 25. X. de Sent. & re iudic.* Agnoverant hoc Rintelenses ipsi, atque sententiæ suæ rationem potissimam in favore libertatis & iure defunctæ uxoris, cui res inter alios acta non obesset, collocarant. Mirum. Libertatis favor allegari non poterat, quum nemo esset, qui in servitutem vindicaretur. Vindicabatur hereditas non ab uxore, sed post mortem eius a viduo. Hic, etsi uxor adhuc vixisset, iura tamen eius obtendere non potuisset, sed audiendum ei fuisset, hanc esse exceptionem de iure tertii. Magis ergo repellendus erat cum hac exceptione post uxoris fata, ubi huius plane amplius non intererat. Adnectam verba sententiæ: Nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß es bey den von dem Richter zu Hamm in erster Instanz ertheilten Bescheide schlechterdinges zu lassen, aber die beyderseits durch diese Appellation verursachte Unkosten gegen einander aufzuheben seynd. V. R. W. Rat. dec. Es ist Rohe zu Lütkenbögge wegen seiner verstorbenen Frauen, als einer Leibeigenen, Verlassenschaft von Appellanten belanget, auch auf vorhergehenden dessen beständigen Ungehorsam endlich Rechtskräftig condemniret worden, dawider denn jetziger Appellat, welcher der Verstorbenen einen Freybrief ertheilet, Appellation eingewendet, und aus einem anno 1684. mit Appellanten aufgerichteten Contracte behauptet, es sey des Rohens Ehe-Weib, weilen sie dem an ihn mit allen Zubehörungen damalen überlassenen Schultzen-Hofe zu Berg Comem unterworfen gewesen, mit Recht frey gelassen worden, und falle demnach der von Appellanten an ihre Erbschaft gemachte Anspruch hinweg. Diese Raison haben vorige Urthelsfasser vor so wichtig gehalten, daß sie die ergangene Rechtskräftige Bescheide deshalber aufgehoben, und beklagten Ro-

hen losgesprochen, unter dem Vorwande, daß dessen begangener Ungehorsam der Frauen, als einer tertiæ, nicht zum Nachtheil gereichen, noch ihr die einmal erhaltene Freyheit wieder nehmen könne. Nun ist es zwar nicht ohne, daß die Freyheit in Rechten einen grossen favorem habe, und ein wider einen Abwesenden gesprochenes Urthel null und nichtig sey. Alldieweil aber die verstorbene Frau bey diesem Processe kein weiteres Interesse hat, sondern die Sache lediglich den Rohen, der ihre Verlassenschaft herausgeben soll, und den Appellaten, welcher wegen ertheilten Frey-Briefes die Gewehr leisten muß, angehet, jener aber wegen seines Ungehorsams kein Recht zu appelliren hat, dieser hingegen als ein blosser Intervenient, der den Beklagten nur zu vertreten Macht hat, angesehen werden, demnach die Sache in eben dem Stande, worinnen er sie findet, annehmen muß, und die Rechtskräftige Bescheide keinesweges anfechten kann, da zumal derselbe von dem Processe gute Nachricht gehabt, also die in der Appellation beygebrachte Argumenta annoch in der ersten Instanz, da res integra gewesen, vorstellen sollen; So seynd die von dem Richter zu Hamm gegebene Rechtskräftige Decreta, in so weit solche dem Beklagten und dem Appellaten præiudiciren, allerdings beständig, und mögen diese mit dem iure einer tertiæ und dazu verstorbenen Person sich dawider nicht schützen. Jedoch müssen die Unkosten wegen des vor Appellaten ausgefallenen Rinteliischen Urthels gegen einander aufgehoben werden.

COROLLARIA.

1. Conductor rem inter se & locatorem iudicatam contra subconductorem suum allegare nequit. Dictum in *Specimine CCXVIII. de Sublocatione, medit. 2.*

2. Res contra heredem fiduciarium iudicata post restitutionem fideicommissi nocet fideicommissario, arg. *L. 55. §. 5. Ad S. C. Trebell. L. 44. de Re indicata.* Exemplum vide in *Specimine CCCCLXIX. de Publicatione sententiæ, medit. 9.*

PRAE-

Digitized by Google

PRAESES
RESPONDENTI
SALVTEM.

Ex omnibus, quotquot opera mea & institutione utuntur, eos ego unice amo, qui iuris civilis scientiam cum optimis artium studiis coniungunt & adscitis ex historia, philosophia, eloquentia ornamentis illustrant. Nam, quum ipse mihi hanc, quam ab ineunte ætate sequutus sum, viam multum voluptatis honorisque attulisse, animadvertam, iis, qui me audire volunt, semper auctor fui eroque imposterum, ut eadem incedant. Quæ quum ita sint, TV mihi profecto in paucis carus es, ornatissime Eggerdes, *cui eædem instituti rationes, etiam priusquam me cognosceres, fuerunt. Obtulisti mihi, quum primum huc venires, scriptum pulchrum doctumque de Stoa iureconsultorum Romanorum eiusque historia & ratione, abs TE elaboratum & in solemni certamine adversus dissentientes Rostochii defensum. In eo, tanquam in speculo quodam, ingenium tuum, virtutem, eruditionem conspexi, & coniecturam feci, TE, si hoc tramite ire pergas, in numerum iureconsultorum, quos, ut a vulgo distinguam, elegantiores appellare soleo, venturum. Quod quum olim adsequeris, erit tunc mihi honorificum, TE quoque inter alumnos disciplinæ meæ ac auditores habuisse. Tunc patria Tua vel, si quæ alia est respublica, cui labores Tuos & operam aliquando addices, gratias agent mihi ceterisque præceptoribus Tuis, qui TIBI in his, quæ tam egregie coluisti, studiis præiverunt. Interim, dum hanc felicitatem exspecto, non desinam TE amare atque etiam, si occasio tulerit, ornare. Vale, & patriam Tuam, quam adflictam & concussam reliquisti, recreatam tandem, si Deo placuerit, atque florentem revise. Helmstadii propridie Kal. Quinctil. anni* CIↃ IↃ CCXXVIII.

SPE-

SPECIMEN CCCCLXXIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. II.

DE

CONFESSIS

PVBLICE DEFENSVM

A

HENR. BALTHAS. SEELMANNO

MAGDEBVRGENSI,

D. II. IVN. CIϽ IϽ CC XXVIII.

I.

Confeſſio iudicialis plus ponderis habet, quam extraiudicialis, atque plene probat.

II.

Confeſſio extraiudicialis ſola per ſe nihil probat, ſed aliis probationibus atque argumentis pondus addit.

Confeſſionis iudicialis vis maxima eſt, & maior, quam confeſſionis extraiudicialis, non ſolum in cauſſis criminalibus, ſed & in civilibus. Scio quidem, quod ad cauſſas civiles diſſentire a me *Ludovici in Doctrina pandectarum tit. de Confeſſis* §. 3. atque exiſtimare, in cauſſis civilibus nullam eſſe differentiam inter confeſſionem iudicialem & extraiudicialem, quam quod iudicialis facilius probari, & quia cauſſa iam tum in iudicium deducta eſt,

est, sententia eo promtius subsequi possit. Sed errat Ludovici, & contradicit Alexandro III. pontifici, qui in *cap.* 4. *X. de iudiciis* hanc generalem regulam facit: *Sicut sententia a non suo iudice lata non tenet, & ita facta confessio coram ipso.* Scilicet confessio iudicialis plene obligat confitentem, ut retractari nequeat, nisi manifestus error doceatur, *c. ult. X. de Confessis.* Contra extraiudicialis confessio ore facta per se non obligat, nisi is, qui in ea se fundat, eam seriam & deliberatam fuisse, doceat, atque alia praeterea argumenta, ex quibus ius eius liqueat, adferat. Nam quod inconsulto forte in familiari sermone effunditur, proferentem praeter intentionem suam ligare non debet. Nec moveor in contrarium auctoritate *Lauterbachii*, qui *in disp. de Confessione* §. 45. extraiudicialem confessionem vim plenae probationis habere dicit, quoniam in promissionem cadat, atque pro stabilienda opinione sua *L.* 26. *Depositi*, *L.* 25. *de Probationibus* & *c.* 10. *de Probationibus* allegat. Priores enim duae leges, quae de chirographo & scripta in eo confessione agunt, huc plane non pertinent. At *c.* 10. *X. de Probationibus* nostram etiam sententiam firmat. Loquitur in eo pontifex de confessione tot adminiculis suffulta, quae per se etiam sine confessione plenam probationem effecissent. Narrat videlicet, concubinam diutissime cum cive Tiburtino vixisse, prolem in eius domo peperisse, se eum ex hoc cive suscepisse, professam esse, idem postea quoque constanter asseruisse, ipsum civem hunc filium suum publice recognovisse, eum praeterea filium eius communiter nominatum fuisse, & habitum ab ambobus, tandem vero mulierem contrarium perhibuisse. Tum vero recte pontifex indignum esse ait, *ut, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, in eundem casum proprio valeat testimonio infirmare.* Sed inverte nunc casum. Finge, quem actionem de partu agnoscendo instituere, & probare iussum hoc solo

argumento uti, se aliqundo extra iudicium filium appellatum; fac porro, vindicare quem prædium testesque producere, qui dicentem audierint possessorem, prædium illud actoris esse; pone denique, agere quem ex mutuo propter hoc solum, quod pater rei aliquando inter amicos familiari sermone dixerit, se actori mille debere. Non sufficiet profecto hæc confessio ad condemnationem. Paucis: confessio extraiudicialis egregium argumentum probaturo suppeditat, atque cetera eius argumenta mirifice firmat, sola vero per se nihil probat, se facillime revocatur. Clare hoc constituitur in *c. 3. X. de Successionibus ab intest.* Memorabo exemplum. Titus Meviam ex chirographo defuncti mariti, cuius ipsa heres facta erat, convenit. Mevia exceptionem non numeratæ pecuniæ opponit, eiusque probationem, quia biennium iam diu elapsum erat, sponte subit. Provocat nempe ad confessionem Titii, aitque, se illum aliquando, vivo marito, interrogasse, numquid ipsi hic maritus suus deberet, atque responsum accepisse, sibi nihil deberi. Factum hoc olim, non negat Titius, sed addit, se precibus defuncti, qui debitum hoc suum alios homines atque ipsam quoque uxorem latere voluerit, id dedisse. Actis ad nos delatis, huius confessionis, quia extraiudicialis & nullis adminiculis suffulta erat, rationem nullam habuimus, quam sine dubio habuissemus, si in iudicio prolata fuisset. Adiiciam sententiæ mense Maio anni CIↃIↃCCXVII. conceptæ verba: Daß Beklagte, ihres Vorwendens ungeachtet, bey Vermeidung der Execution, Klägern die rückständige 600 Thaler, nebst den vom 17. May 1714. bis jetzo aufgelaufenen Zinsen a 6. pro Cent zu bezahlen schuldig. V. R. W. Rat. dec. Beklagte schützet wider die gegen sie angestellte Klage exceptionem non numeratæ pecuniæ wegen Klägeres eigenen auf der Beklagten Anfrage gethanen Bekänntnisses, daß ihm der Voigt Besserer nichts schuldig sey, vor, wannenhero

hero es das Ansehen gewinnet, ob hätte Beklagte in Betrachtung der angeführten Exception von der angestellten Klage entbunden werden sollen. Alldieweil aber die exceptio non numeratæ pecuniæ nach bereits verflossenen 2. Jahren keine weitere statt findet, Klägern auch keinen Nachtheil bringen kann, daß er bey seines Schuldeners Lebens-Zeit auf dessen Begehren die Schuld heimlich gehalten, und so gar auch gegen dessen Frau, deren er die wahrhafte Beschaffenheit der Sache damalen zu entdecken nicht verbunden gewesen, abgeleugnet; So haben wir Beklagte nach Inhalt der Klage condemniret, selbige aber doch, weil Kläger die Schuld gegen sie verleugnet, und sie dadurch in bona fide und verisimili opinione, ob sey dessen Foderung ungegründet, gesetzet, mit Erstattung der Unkosten verschonet.

III.

Confessio coram commissario facta pro iudiciali habetur.

IV.

Nec opus est, ut in loco iudicii facta sit.

V.

Testimonium commissarii de hac confessione plenam fidem facit.

VI.

Iurare tamen oportet commissarium testificantem, nisi iam ante iureiurando in iudicio obstrictus fuerit.

Ad confessionem iudicialem desiderant communiter, ut ea apud iudicem competentem facta sit. Et recte quidem, quemadmodum ex *c. 4. X. de Iudiciis* constat. Sed per hoc tamen commissarius iudicis non excluditur, qui quippe in omnibus iis, quæ ei committuntur, personam & vicem iudicis sustinet. Accedit argumentum ab arbitro ductum, apud quem si quæ confessio facta, ea deinde in iudicio ordinario allegari potest, *L. pen. §. ult. C. de Receptis arbitris.* Desiderant porro interpretes, ut confessio

Digitized by Google

in ipſo iudicii loco ſeu apud iudicem in tribunali ſedentem facta ſit, & provocant ad *L.* 4. §. 8. *de Damno infecto*, *L.* 4. *C. de Repudianda vel abſtin. hered. L.* 6. *C. de Sententiis & interlocutionibus* & *c.* 4. *X de Iudiciis.* Sed quæ in iſtis LL. de iure & loco iudicii dicuntur, captari non oportet, nec ad ſola conclavia iſta, in quibus communiter ius redditur, reſtringi. Iudicium eſt, ubicunque iudex cum actis ſuis eſt. Non infirmabit ergo fidem confeſſionis, quod forte conſul conſeſſum iudicii non in curia, ſed in ædibus ſuis habuerit, aut iuſtitiarius alicuius equitis, relicto ſueto conclavi, in alio iudicium exercuerit. Itaque ante memoratæ leges de caſu, quo iudex in loco privato non tanquam iudex, ſed tanquam privatus, neglecto ſolito iudiciorum ordine, quid expedit, loquuntur. Ea vero, quæ obſervatis iis, quæ & in loco iudicii obſervata fuiſſent, extra locum iudicii ut iudex agit, rata ſunt. Adſentit mihi *Faber in Codice lib.* 4. *tit.* 10. §. 8. & adfirmat, confeſſionem debiti coram apparitore iudicium exſequente factam, & ſolius apparitoris relatione probatam, plenam fidem facere. Idem *Hiltropius in Proceſſu P.* 2. *tit.* 1. §. *de Relatione nuncii n.* 5. adfirmat, arg. *c.* 13. *X. de Præſcript.* Quodſi ergo teſtimonio apparitoris plene creditur, non minor fides commiſſario iudicis confeſſionem factam teſtificanti haberi debet. Sed num opus erit, ut commiſſarius iuratus teſtimonium perhibeat? Diſtinguo. Si commiſſio tali perſonæ data eſt, quæ ſeſe iam ante iureiurando in iudicio obſtrinxit, novo iureiurando opus haud eſt, quoniam intelligitur teſtificari ſub eo iureiurando, quod ab initio præſtitit, ut recte ait *Martini in Proceſſu tit.* 20. §. 3. *n.* 100. At ſi non iuravit, nunc iusiurandum teſtimoniale neceſſario deſideratur, arg. *L.* 9. *C. de Teſtibus.* Vide *Carpzovium lib.* 3. *Reſponſo* 90. Secundum hæc omnia, quæ dixi, iudicatum fuit a nobis menſe Auguſto anni CIƆ IƆ CCXV. ex his rationibus: Es iſt

in

in dem letzt eröfneten Urthel die von Klägern eingeklagte Schuld-Forderung als erwiesen angenommen, und Beklagter zu deren Zahlung condemniret worden. Hierüber beschweret sich nun der letztere, und stellet dagegen vor, es habe Kläger bey Führung seines Beweises keine von ihm oder seinem Vorfahren ausgestellte Obligation, sondern nur ein unbeschwornes und darzu ohne Ausdrückung der nöthigen Umstände nach seines Vorfahrens Tode abgelegtes einzelnes also ganz ungültiges Zeugniß des Voigts Sarsteds von seines Vorfahren aussergerichtlich gethanem Bekänntnisse beygebracht, welches doch in keine Betrachtung gezogen werden könne. Alldieweil aber der Voigt Sarstedt eine den Gerichten mit Eyd und Pflicht verwandte Person gewesen, und ad protocollum ausgesaget, daß ihm vom Amte Winzenburg Commission, diese Schuld-Post zu untersuchen, aufgetragen worden, und der verstorbene Klingebüel solche gegen ihn gestanden, bey welcher Bewandniß es weder anderer Zeugen noch einer eydlichen Bestärkung bedarf, indem ja mehr als zu bekannt ist, daß die blosse Relation eines geschwornen Bothen oder andern Gerichts-Person von Verrichtung dessen, was ihm durch den Richter aufgetragen worden, wenn solche gebührend ad acta gebracht ist, völligen Glauben hat, und so lange vor wahr gehalten wird, bis der Gegentheil das Contrarium beybringet, wie denn auch das vor dem Voigt gethane Bekänntniß, ob es gleich ausser der gewöhnlichen Gerichts-Stelle geschehen, dennoch, weil besagter Voigt Commissarius iudicis gewesen, pro iudiciali zu achten ist; So haben wir nicht umhin gekonnt, voriges Urthel zu bestätigen.

VII.

Confessio extraiudicialis sæpius repetita plene etiam in caussis criminalibus probat.

Confessionem extraiudicialem plene non probare supra dictum. Id quod inprimis in caussis criminalibus verum

rum eſt, in quibus confeſſio extraiudicialis indicium ſaltem ad torturam facit, *art.* 32. *Conſtit. crim.* Ego tamen tam in civilibus quam criminalibus cauſſis excipiendum puto caſum, quo confeſſio illa extra iudicem ſæpius repetita fuit. Neque enim veriſimile eſt, quempiam tam ſtolidum fore, ut aliquoties id, quod non fecerit, & quod ei tamen nocere poſſit, fateatur. Huc pertinet, quod Iuſtinianus in *L.* 22. *C. Ad S. C. Velleianum* ait: *ſibi imputet, ſi, quod ſæpius cogitare poterat & evitare, non fecit, ſed ultro firmavit.* Sic menſe Novembri anni CIↃ IↃ CC XXV. iudicavimus: Daß die von Anklägern vorgeschlagene Zeugen insgesammt eydlich zu vernehmen, und sodann ohne Verstattung einiger Weitläuftigkeit wegen Beklagtens Bestrafung zu erkennen. V. R. W. Rat. dec. Was die Frage betrift: Ob die von Anklägern vorgeschlagene Zeugen, durch welche Angeklagter eines begangenen Stupri und heimlichen Versprechens überführet werden soll, abzuhören, selbige wird nothwendig bejahet, und stehet weder diesen Zeugen die exceptio singularitatis im Wege, noch seynd die Artikel als irrelevant zu verwerfen, in Ansehen, daß Zeugen, so von vielen auf einander folgenden actibus handeln, zusammen genommen das Hauptwerk nothdürftig erweisen, hiernächst das von Angeklagtem wiederholte aussergerichtliche Bekänntniß, worauf die Artikel hauptsächlich gerichtet seynd, denselben des delicti zu überführen hinlänglich ist.

VIII.

Litigator, qui aſſertionibus adverſarii in iudicio non contradicit, eas fateri cenſetur.

Dixi olim in *Specimine CXX. de interrogationibus in iure medit.* 3. interrogatum in iure, ſi taceat, neque pro negante neque pro fatente habendum, ſed denuo ſub comminatione pœnæ confeſſi interrogandum eſſe. Convenit hæc ſententia *c.* 2. *de Confeſſis* & *c.* 44. *de Regulis iuris in* 6. multum tamen celeritatem iudiciorum moratur. Infinitis

finitis certe interlocutionibus opus foret, ſi quidem ad ſingula capita, quæ partes inter litigandum & diſputandum ſilentio prætereunt, accurata ſemper reſponſio exigenda eſſet. Igitur contrariam regulam pragmatici in forum introduxerunt atque conſtanti uſu firmarunt; ſcilicet eum, qui in iudicio adverſarii allegationibus non contradicat, illas fateri cenſeri. Nulla eſt lex, quæ regulam hanc firmet. Sed æquitas tamen eam ac bonum publicum commendat, & conſuetudo, quæ optima legum interpres eſt, *L. 37. de Legibus*, tuetur. Vide *Carpzovium lib. 6. Reſponſo* 101. *Mevium P. 7. dec.* 128. *Lauterbachium in diſp. de Confeſſione* §. 78. & pleroſque ceteros. Ipſi ſecundum eam in concurſu quodam creditorum menſe Iun. anni CIↃ IↃ CC XVII. iudicavimus ex his rationibus: Obwol der Curator litis den größten Theil dieser Foderungen nicht beantwortet, und solche weder gestanden noch abgeleugnet; So haben wir doch dessen Stillschweigen, in Erwegung, daß er zu antworten schuldig gewesen, vor eine Confession anegnommen, diesemnach den Klägern keinen weitern Beweis auferleget.

IX.

Revocatur confeſſio ob errorem, quem probare oportet, ſi confeſſio iudicialis fuit.

X.

Qui ſponte in iudicio fatetur, quod falſum eſſe novit, alteri ex hac confeſſione obligatur.

XI.

Nec propter metum vanum in integrum reſtituitur.

Confeſſionem omnem, etiam iudicialem, aliquando revocari poſſe, nemo ambigit. Potiſſimum eius revocationis fundamentum eſt error, *L. 2. de Confeſſis*. Quem qui allegat, an etiam probare neceſſum habeat, quæritur.

ritur. Et extraiudicialis quidem confeſſio, ſicut in principio dixi, ſola, nullis aliis adminiculis ſuffulta, parum ponderis habet, atque adeo facile etiam ſine probatione revocatur. At confeſſio iudicialis item extraiudicialis cum aliis argumentis coniuncta ſimplici diffeſſione non infirmatur, ſed errorem doceri oportet, *c. ult. X. de Confeſſis.* Omnia fere hic eadem ſunt, quæ in condictione indebiti. Sicut enim in hac non auditur, qui ſciens indebitum ſolvit, *L.* 50. *de Condict. indebiti*, ita nec is venia dignus eſt, qui in favorem alterius iudicialiter quid fatetur, quod falſum eſſe novit. Memorabo exemplum. Andreas heredes teſtamentarios Ioannis ex mutuo convenit. Hi exceptionem ſolutionis opponunt, dicuntque, Andream olim in iudicio præſente Ioanne faſſum eſſe, ſibi nihil a Ioanne deberi. Non negat factum hoc Andreas, ſed addit, eam confeſſionem invito ſibi minis & metu fuiſſe extortam, Ioannem enim, quem ipſe proxima neceſſitudine attigiſſet, denunciaſſe ſibi, ipſum excluſum fore ab hereditate, ni fateretur. Nos, actis Helmſtadium menſe Octobri anni CIƆ IƆ CC XXIV. delatis, ſufficere hoc ad retractandam confeſſionem iudicialem non credidimus. Equidem non ignorabamus, poſſe quem ex capite metus contra confeſſionem in integrum reſtitui, tametſi error abfuiſſet. Verum iſte metus, quem Andreas allegabat, vanus erat, nec reſtitutionem merebatur. Vide *L.* 3. §. 7. *de Condictione ſine cauſſa*, *L.* 25. & 31. *C. de Transactionibus.* Adnectam rationes decidendi: Was die Haupt-Klage betrift ſo fällt derſelben erſter Punct gänzlich hinweg, in Erwegung, daß Klägere gerichtlich geſtanden, wie ihr Vater der geklagten 40. Thaler halber befriediget worden. Und ob ſie wol dagegen einwenden, der Paſtor Kopf habe ſie, dieſes Bekänntniß zu thun, durch die Bedrohung, er wolle ſie ſonſt von ſeiner Erbſchaft ausſchlieſſen, gezwungen, ſo mag doch ſolches Vor-

Vorgeben, wenn es auch erwiesen wäre, den Klägern keine Restitution in integrum wider ein gerichtliches Bekänntniß zu Wege bringen, da der vorgeschützte metus die in Rechten erfoderte Requisita gar nicht hat, zu dem Klägere ihnen selbst die Schuld geben mögen, daß sie in Hofnung der Koppischen Erbschaft die prætendirte 40. Thlr. freywillig fallen lassen.

COROLLARIA.

1. *Acceptationem confessionis interpretes passim, iura nullibi, desiderant. Rectius ergo* Meier in Colleg. Arg. lib. 42. tit. 2. §. 6. n. 4. *aliique, confitentem etiam sine acceptatione obligari, statuunt.*

2. *Confessio imperatoris imperio & successoribus non nocet. Ita recte* Textor in Iure publico Cæsareo tit. 13. n. 33. *de confessione Ferdinandi I. in gratiam pontificis Romani facta:* **Er erkenne, daß recht und billig sey, daß man die** *coronationem, electionem & confirmationem Imperatoris* **allein bey dem Pabst erlange und begehre.**

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXXIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. III.

DE

DEBITORVM OBAERATORVM POENIS ET BENEFICIIS

PVBLICE CVM ALIQVOT SEQVENTIBVS DEFENSVM

A

PETRO ALBERTO GITTNER

BRVNSVICENSI

D. XXVIII. FEBRVAR. CIϽ IϽ CC XXVIII.

I.

Romani veteres creditoribus permiſerunt, debitorem obæratum vendere, necare, in partes ſcindere.

II.

Ea permiſſio æqua & humana fuit.

Soleo ſæpe mirari nimiam auctorum, ex quibus ius Iuſtinianeum compilatum fuit, in debitores obæratos miſericordiam, quum tamen maiores eorum rigidiſſimi fuerint. Scimus nempe ex *Gellii Noctibus Atticis lib.* 20. *cap.* I. *Quintiliani Inſtit. orat. lib.* 3. *cap.* 6. & *Tertulliani Apologetico cap.* 4. in XII. tabulis permiſſum fuiſſe creditori, debitorem, qui ſolvendo non eſſet, vincire, necare, vendere, aut, ſi plures creditores eſſent, ſecare, & corpus inter ſe partiri. Exſtitiſſe vere talem legem, certiſſime ſum per-

persuasus, nec credo; quempiam adsensurum *Heraldo de Auctor. rer. iudic. l. 2. c. 25. Roberto rer. iudic. l. 2. c. 6. Bynckershoekio Observationum lib. 1. c. 1.* & *Waechtlero in Actis eruditorum anni* 1710. *pag.* 73. qui Gellium, Quintilianum & Tertullianum erroris insimulant, atque verba XII. tabularum non satis intellexisse putant, ipsique ea vel de bonorum, vel de personae venditione publica explicant. Quorum argumenta omnia, si recte considerantur, eo unice redeunt, tantam crudelitatem Romanorum veterum, tantamque inhumanitatem XII. tabularum, quarum aequitatem prisci auctores laudibus ad caelum efferant, verisimilem non esse. At mihi vix verisimile est, argumentum tale in mentem venire potuisse viris in antiquitatibus Romanis versatissimis, qui profecto duritiem priscorum Romanorum & iuris decemviralis ignorare nullo modo potuerunt. Numquid forte obliti fuerunt, patres in liberos, maritos in uxores, dominos in servos ius vitae ac necis habuisse, potuisse liberos vendi, exponi, exheredari pro lubitu, divortia maritorum arbitrio permissa, iudices formulis alligatos, manifestam aequitatem iuri stricto posthabitam, litigatorem, qui vel in verbulo aberrasset, totam caussam perdidisse, militem, qui rationem magis, quam iussum imperatoris, sequutus rem bene gessisset, capite plexum. Isthaec & centum alia longe duriora sunt profecto, quam sectio debitoris obaerati in partes, quam ego iustissimam humanissimamque fuisse puto. Ludere me, forsan existimas, & quod multi faciunt, animi & ostentationis caussa paradoxon proponere. Imo vero Deum testor, me serio loqui. Pauci anni effluxerunt, ex quo rex Prussiae lege lata debitoribus, qui foro cederent, crucem & laqueum minatus fuit. Quam ego legem, ut primum vidi, tanquam aequam & humanam statim laudavi, atque deinde, non exercitam fuisse, graviter dolui. Popularis nempe error est, principes hos pios ac

ac misericordes esse, qui fraudatoribus, furibus, raptoribus facile veniam dant, atque hac impunitate maleficos alios ad similia perpetranda invitant. Ego vero hos immitissimos esse & securitatem publicam turbare credo. Nulla florentior est respublica, quam quæ severum & erga facinorosos inexorabilem principem habet. Nullum hodie scelus frequentatur magis, quam quo homines luxuriosi, postquam sua bona decoxerunt, alienas pecunias mutuo acceptas abliguriunt, perditique ipsi etiam creditores suos, homines bonos, sobrios, industrios, frugales, perdunt. Sciunt quippe, hoc sibi impune fore At si furcam sibi paratam nossent, forte frugalius cautiusque viverent. Levis pœna istos nebulones non satis coercet. Viderunt hoc Romani veteres, & ideo sectionem in partes permiserunt creditoribus, quod aliam rationem furorem mutuantium reprimendi & securitati publicæ consulendi non animadverterent. Sed inutilis hæc sectio creditoribus fuit. Esto. Etiam laqueus, quo fur strangulatur, læso inutilis est, atque tamen boni publici caussa dictatur. Optime Sextus Cæcilius I. C. apud *Gellium Noct. Att. lib.* 20. *cap.* 1. *Acerbitas*, inquit, *ulciscendi malefici bene atque caute vivendi disciplina est.*

III.

Iuris Romani circa carcerem debitorum historia exponitur.

IV.

Cessio bonorum in iure Iustinianeo omnibus debitoribus ex caussa civili, quamvis culpa & prodigalitate in inopiam inciderint, indulgetur.

V.

Novellæ 135. *auctoritas nulla est.*

Antiquam illam, quam memoravi, de secando debitoris corpore legem Romani ipsi in usum nunquam deduxerunt, ut ii auctores, qui eius vestigium nobis reliquerunt, faten-

Digitized by Google

fatentur. Servitus tamen & ius vinciendi relictum fuit, quod atrocissime exercitum Pœtelio & Papirio Conss. abrogatum est, & lege cautum, ut pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset, & ne debitores imposterum necterentur, teste *Livio lib.* 8. *cap.* 28. Sed ea lex mox, ut *Freinshemius in Supplementis Livianis lib.* 11. *cap.* 26. coniicit, per debitorum patientiam, inter angustias rei familiaris nihil recusantium, neglecta est, ut quadraginta annis post eam renovari oportuerit. Verum nec hæc nova prohibitio diu observata fuit. Nam, Sylla dictatore, C. Popilio rogante, iterum vetitum est, ne debitores necterentur, & iussum, ut omnes, qui bonam copiam eiurarent, hoc est, bona sua creditoribus cum iureiurando indicarent & cederent, dissolverentur, quemadmodum *Varro lib.* 6. *de Lingua Latina* memorat. Quam legem de cessione bonorum renovavit *Cæsar*, ut ex eius *libro* 3. *de Bello civili cap.* 1. & *Suetonio cap.* 42. discimus. Post hanc Iuliam legem desitum est a privatis creditoribus in debitores obæratos sæviri, sed fisci tamen procuratores & publicarum functionum exactores carcerem, verbera & tormenta adhibuerunt, donec & his a Constantino & Constantio augustis obex in *L.* 2. *C. de Exactoribus tributorum* & *L.* 2. *C. de capiendis & distrahendis pignoribus* positus præceptumque fuit, ut, omisso corpore, res solas caperent. At paulo post Gratianus in *L.* 1. *C. Th. Qui bonis ex L. Iulia cedere possunt*, cessionis bonorum beneficium non fisci solum, ut *Iac. Gothofredus ad h. l.* putat, sed privatis etiam debitoribus ademit, eosque suppliciorum acerbitati subiecit, nisi quis *dilapidationem bonorum, ut latrociniis abrogatam, aut fortasse naufragiis incendioque conflatam, vel, quolibet maioris impetus infortunio atque dispendio docuerit afflictam.* Durior tamen hæc lex visa est Iustiniano, qui ideo eam in Codicem suum non retulit, sed debitoribus omnibus, qui

modo

modo ex delicto condemnati non essent, per cessionem bonorum sese a carceris molestia liberare permitit in *L. ult.* §. 4. *C. de Custodia reorum.* Falsum ergo est, quod vulgo credunt, de iure Romano eos solos ad cessionem bonorum cnofugere posse, qui sine vitio tantum ex fortunæ adversitate ad inopiam pervenerint. Iustinianus hoc refugium omnibus, qui modo non deliquerint, sine discrimine aperit. Quin imo idem Iustinianus in *Novella* 135. eo misericordiæ progreditur, ut debitores, nisi supina negligentia res suas amiserint, ad cessionem bonorum compelli vetet, atque saltem iureiurando obstringat, sibi nihil præter victum & amictum quotidianum superesse. Istam tamen Novellam, veteribus incognitam, usu non servari, testantur *Gudelinus de Iure novissimo lib.* 4. *cap.* 16. *Hahnius ad Wesembecium tit. de Cessione bonorum n.* 5. & *Lynckerus in Analectis ad Struvii Syntagm. iuris civ. h. l.* §. 32. Exposui hæc paulo copiosius, quod animadvertam, plerosque, & inter hos ipsum Iacobum Gothofredum, in explicanda cessionis bonorum historia satis accuratos haud esse.

VI.

Debitor, etsi culpa sua obæratus, nec hodie in carcerem coniici potest, nisi lege nova vel statuto hoc sit præceptum.

VII.

Lex generalis de debitoribus obæratis carceri mandandis ad eos tamen solos, qui culpa sua bonis lapsi sunt, restringitur.

Ex his, quæ ante diximus, constat, debitorem obæratum, quamvis culpa & incuria sua bona perdiderit, in carcerem tamen compingi non posse, nisi delictum concurrat. Verum singulari multorum locorum iure debitores obærati gravius coercentur. Prisci *Saxones in Speculo suo lib.* 3. *art.* 39. & *Weichbildo art.* 27. debitorem, qui solvendo non esset, creditori addixerunt, quod *Elector Saxoniæ* deinde in *Constit.* 22. *P.* 2. mutavit, atque in locum servitutis pri-

vatæ

Digitized by Google

vatæ carcerem publicum ſubſtituit, quem carcerem Auguſti Electoris abnepos, Auguſtus, Poloniarum rex, certo modo in der erläuterten *Proceſs-Ordnung tit.* 52. §. 1. confirmavit. Inter Ruſſicas leges, quas *Meyerbergius itineri ſuo in Moſchoviam* ſubiecit, æquiſſima eſt hæc *in cap.* 20. *num* 38. 39. *Si quis aliquem in iudicio de mutuata aliqua pecuniarum quantitate per obligationem aut aſſecurationem convenerit, reus autem debitum faſſus fuerit, aut per proceſſum condemnatus, ſed non habeat, unde ſolvat, neque fideiuſſores, qui pro eo ſpondeant, tradatur actori, apud eum in ſervitio remanſurus, quoad usque ſolverit. Pro ſervitio autem ſuo aſſignentur ei ſingulis annis quinque rubli excomputandi a debito ſuo: Feminæ vero, & virgini maturæ duo cum dimidio: filiis autem eius decennio maioribus duo: minoribus nihil, quia non laborant. Cum vero per ſervitia ſua totum debitum ſolverit, reſtituatur in libertatem. Si vero actor mortuus fuerit debito nondum plene exſtincto, ſerviat pro reliquo eius filiis, qui pariter teneantur eum poſt integram ſolutionem libertati ſuæ reſtituere.* Eam adhuc hodie uſu vigere, teſtatur *le Brun dans ſes voyages p.* 46. *Iure Lubecenſi lib.* 1. *tit.* 3. *art.* 1. electio creditori conceditur, ſive bona occupandi, ſive debitorem ſuum in cuſtodiam publicam mittendi, ſive eundem in domo ſua retinendi. Taceo alia iura, quibus ſimile quid conſtitutum, quorum aliqua recenſet *Martini in Proceſſu tit.* 52. §. 1. *n.* 75. *ſqq.* Et primi quidem iſtorum iurium conditores nullum diſcrimen inter cauſſas, ob quas debitor bonis lapſus ſit, fecerunt, ſed omnes indiſtincte ad operas & carcerem damnarunt. At hoc deinde durius viſum, & mutatum fere ubique eſt. In Electoratu Saxoniæ Io. Georgius I. in *Ordinat. proc. tit.* 52. §. 2. a carcere debitorum liberat omnes, quotquot ſolo fortunæ vitio ad incitas redacti ſunt. Ius Lubecenſe primis temporibus ad omnes debitores ſine differentia extenſum fuit, ut ex *Mevii commentariis*

tariis ad supra dictum l. patet. Idem tamen *Mevius* deinde *in P. 8. decis.* 389. temperavit istum rigorem, atque carcerem non aliter decerni posse, nisi in eos, qui aliquo vitio suo ad inopiam devenerint, statuit. Atque hæc sententia nunc generaliter recepta est, ut lex vel statutum, si quod de debitore obærato carceri mandando exstet, etsi generaliter loquatur, tamen de decoctoribus saltem & prodigis explicetur. Nec improbo prorsus mitem hanc interpretationem. Moneo tamen, hac interpretatione ius istud totum eludi, ac fere nunquam ad carcerem deveniri. Nullus enim fere bonis labitur, quamvis maximam eorum partem prodegerit, qui non etiam casum & calamitatem in aliqua parte passus sit. Hunc itaque casum ostentat, atque se fortunæ iniuria miserabilem iactat. Nec sacerdotes, magistratus, amici, qui cum ipso olim laute vixerunt, testimonia frugalitatis ac sobrietatis ipsi recusant. Ita vero carcerem effugit, bonis cedit, & per occultas fraudes locupletior creditoribus suis remanet.

VIII.

Quando de debitore carceri mandando agitur, probatio, quod bona sua prodegerit, non creditoribus, sed ipsi, quod fortunæ iniuria bonis lapsus sit, imponitur.

IX.

Liberatur tamen debitor obæratus a carcere, cui præter culpam levissimam nihil imputari potest.

Nova nunc lis oritur, cuinam probatio imponenda sit, creditoribusne, qui debitori, quem in vincula coniici cupiunt, prodigalitatem obiiciunt, an ipsi debitori, qui se fortunæ iniuria miserabilem ait. *Mevius P. 8. dec.* 389. creditores onerat ex hac ratione, quod quilibet præsumatur bonus, donec contrarium probetur. Contra *Saxoniæ Elector in Ord. Proc. tit.* 52. Augustus, Poloniarum Rex, in dem *Mandat* wider die *Banqueroutirer* §. 3. & DD. Saxonici fere omnes, atque inter hos *Martini ad Ord. Proc. tit.* 52. §. 4. *n.* 1.

n. 1. debitorem caussas, quæ ipsum a carcere liberent, in continenti docere iubent, quia factum ab allegante probandum sit. Ego cum his sentio. Creditores scilicet legem pro se habent, quæ debitores obæratos ad carcerem damnat. Ex hac itaque simpliciter agunt, nec opus est, ut prodigalitatem aut luxuriam rei allegent. Reus vero exceptione casus fortuiti, quam vel ipsa lex vel usus fori regulæ supra dictæ adiicit, se tuetur, atque adeo eam probare necessum habet. Atque hanc sententiam apud Lubecenses receptam esse, ex actis ad nos missis animadverti. In iis debitor obæratus iussus erat probare, se sine culpa sua bonis lapsum esse, & creditores cessionem bonorum a se factam acceptasse. Priori membro satisfecisse visus est. Quod, etsi posterius non probasset, sufficere credidimus ex ratione, quam sententiæ subiecimus. Equidem omnem culpam, saltem levissimam, declinare non potuerat. Apparebat, peccasse eum aliquando contra prudentiæ regulas, quas accuratissimi negotiatores observare solent. Sed pepercimus illi tamen, nec credidimus, in caussa, quæ fere criminalis est, culpæ levissimæ rationem habendam esse, sed excusari illum diximus, quod omnia fecerit, quæ homines mediæ diligentiæ facere solent, arg. *L. 63. §. 7. Pro socio.* Sic itaque mense Maio anni CIↃ IↃ CC XIII. iudicavimus: Würde Beklagter den ad acta gegebenen Extract. sub. C. vermittelst Vorlegung der Handlungs-Bücher bestärken, so hat er dasjenige, was ihm zu bescheinigen obgelegen und er sich angemasset, zu Recht beygebracht, und wird demnach mit Ertheilung des wider seine Person gebetenen Fang-Zeddels billig verschonet. Die beyderseits aufgewendete Unkosten aber werden aus bewegenden Ursachen gegen einander aufgehoben. V. R. W. Rat. dec. Klägere haben wider Beklagten, als ihren Schuldener, um Ertheilung eines Fang-Zeddels angesuchet. Dieser hingegen schützet sich damit, daß er ohne sein Verschulden in Abfall

der Nahrung gekommen, Klägere auch in die von ihm geschehene Cessionem bonorum bereits gewilliget, folglich sich des Fang-Zeddels begeben. Beydes ist ihm zu bescheinigen Rechtskräftig auferleget worden. Da entstehet nun der erste Zweifel, ob es nöthig sey, alles beydes beyzubringen, oder ob Beklagter, wenn er nur eines von diesen Puncten darthut, dem Urtheil ein Genügen leiste? Das erstere wollen Klägere sonderlich aus dem in dem Urthel enthaltenen Worte auch, welches eine particula coniunctiva ist, behaupten. Dahingegen ist aus den Rechten, insonderheit aus dem deutlichen *Lege 53. de Verborum significatione*, bekannt, daß die particulæ coniunctivæ öfters, wenn die Billigkeit solches erfodert, disiunctive verstanden werden müssen. Nun aber ist der Billigkeit und den gemeinen Rechten, wie Klägere selbst nicht ableugnen, gemäß, daß derjenige Schuldner, so durch blosse Unglücks-Fälle um sein Vermögen gekommen, vom Gefängnisse befreyet bleibe, ungeachtet seine Gläubiger ein anders begehren; welches auch in den Lübischen Rechten nicht aufgehoben ist. So giebt es überdies die Vernunft, daß es genug sey, wenn Beklagter nur den letzten Punct, daß nemlich Klägere sich durch Annehmung der Cession des Fang-Zeddels begeben, beybringet. Diesemnach muß nur darauf gesehen werden, wie weit er eines oder das andere bescheiniget. Was nun anfänglich die Unglücks-Fälle betrift, so machen die beyde folgende Argumenta einen vollen Beweis. Denn wider den Extract mag, wenn solcher durch Vorlegung der bereits beschwornen Handels-Bücher bestärket wird, nichts ferner eingewendet werden. Das Vorgeben, als ob Beklagter dadurch, daß er die verlohrne Schiffe nicht assecuriren lassen, ingleichen, daß er einem einigen Manne gegen 16000. Thaler creditiret, eine grosse faute begangen, ist ungegründet, indem viel trefliche Kaufleute ohne Assecuration in See handeln, und öfters noch grössere Summen einem wohl angesehenen Manne vorstrecken; So mag ihm auch nicht imputiret werden, daß er mehr, als er bezahlen können, aufgenommen, weil er bey Aufnehmung der Capitalien den grossen

sen Verlust noch nicht erlitten gehabt. Hiernächst machen die eydliche Zeugnisse der drey ehemals in Beklagtens Handlungs-Diensten gestandenen Männer, wider deren Person Klägere mit Bestand nichts anführen können, wenigstens, daß der Eyd nicht cörperlich abgeleget worden, einen mehr denn halben Beweis. Das letzte aus dem in dem aufgerichteten Vergleiche befindlichen Bekänntnisse der übrigen Gläubiger hergenommene Argument ist zwar an sich so stark nicht. Jedoch mag es mit den übrigen zusammen gesetzet gar wohl in Betrachtung gezogen werden. Bey dieser Bewandniß nun, da Beklagter den ersten Punct genugsam dargethan, ist unnöthig auf die über dem andern geführte Bescheinigung das Absehen zu richten, noch die Abschwerung des darüber dem einen Kläger deferirten Eydes aufzuerlegen. Demnach haben wir Beklagten von dem Gefängnisse losgesprochen, die Unkosten aber, weil Klägere starke Vermuthungen vor sich gehabt, compensirt.

X.

Officium publicum decoctorem a carcere non liberat.

Inter caussas, quae debitorem obaeratum a carcere liberent, communiter haec refertur, si respublica eius servitiis indigeat. Ita *Colerus P.* 1. *de Processf. exsecut. c.* 6. *n.* 99. *Mevius ad Ius Lubec. lib.* 1. *tit.* 3. *art.* 1. *n.* 78. *Martini in Processu tit.* 52. §. 2. *n.* 24. Leges, quas Colerus hic allegat, nihil ad rem faciunt, sententia tamen eius aequissima est, & bono publico convenit. Sed ad hoc tamen, ut respublica alicuius servitiis indigere dicatur, non quodlibet officium publicum sufficit. Nam si hoc foret, omnes officiales publici impune luxuriam & prodigalitatem exercerent; quod profecto indignum. Itaque servitium reipublicae non aliter decoctorem a carcere liberabit, quam, si ostendat, ministerium suum patriae adeo necessarium esse, ut eo sine detrimento suo nequeat carere. Quodsi vero

 unus

Digitized by Google

unus ex multis ſit, quo deficiente non deficit alter, munus ipſi demandatum eum non liberabit; quod eo magis verum eſt, quando illud, poſtquam obæratus eſſe cœpit, impetravit. Sic menſe Maio anni CIϽ IϽ CCXIII. reſpondimus: Es wird Beklagtem die ihm von dem Rathe aufgetragene Voigtſtelle zum Heil. Geiſte wenig helfen.

XI.

Ceſſio bonorum curſum uſurarum nec inter creditores ſiſtit.

XII.

Nec debitorem cedentem ab uſuris liberat.

Circa quæſtionem, an ceſſio bonorum curſum uſurarum ſiſtat, interpretes in duas partes abeunt, dum alii aientem, alii negantem ſententiam tuentur. Medius inter hos *Mevius P. 7. dec.* 245. diſtinguit inter debitorem & ceteros creditores. Illius, inquit, liberatio ab uſuris, ceſſis omnibus facultatibus, æqua eſt, dum præſtitit, quidquid potuit, & quia ceſſio liberat ab actione, dum exceptionem præſtat, quæ iſtam elidit, §. *ult. I. de Replicat. L.* 3. *C. de Bonis auctoritate iudicis*, at, ut qua creditores & inter ipſos deſinat curſus uſurarum, non reperitur iure communi conſtitutum. Hæc *Mevius*, cuius temperamentum ego probare nulla ratione poſſum. Et miror profecto, hoc ei in mentem veniſſe. Si vel maxime diſtinctio iſta locum haberet, inverti eam oporteret, atque dicere; per ceſſionem bonorum ſiſti uſurarum curſum inter ipſos creditores. Nam per ceſſionem bona creditoribus communia fiunt, ipſique in eorum poſſeſſionem veniunt, ac adeo uſuras ſibi ipſis debere non videntur. Interea quoniam debitum ipſum ante ſolutionem non perimitur, atque corpus iſtud commune bonorum perſonam debitoris repræſentat, curſus uſurarum nec inter ipſos quidem creditores ſiſtitur. Vide *L.* 18. *Qui potiores in pignore.* At quod ad debitorem

rem

Digitized by Google

rem res minus dubii habet. Errat Mevius, si putat, eum cessione bonorum liberari. Contrarium clare in *L.* I. *C. Qui bonis cedere* constituitur. Actio nempe, quæ contra eum competebat ante cessionem, etiam post hanc perdurat, sed, quia inanis foret, tantisper, donec cedens ad pinguiorem fortunam perveniat, quiescit, deinde vero creditores EX INTEGRO experiuntur, ut Iustinianus in §. *ult. I. de Actionibus* loquitur. Medio igitur tempore nec præscribitur actioni, nec usuræ promissæ currere desinunt. Sic ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CCXVII. responderunt: Hat Christian Fricke anno 1688. von Johann Böttchern 200. Thaler erborget, solche auch bis anno 1695. richtig verzinset, sich aber nach der Zeit mit Abführung der Zinsen säumig erwiesen, wodurch denn die Böttcherische Wittwe Klage gegen ihn anzustellen bewogen worden, da sie auch so viel erhalten, daß ihr Fricke den 3. Junii 1704. 100. Thaler, nachgehends, als ein Concurs wider ihn entstanden, der Käufer seines subhastirten Hauses anno 1707. 216. Reichsthaler bezahlet, worauf einige Jahre abgelaufen, nach welchen Fricke wider die Böttcherische Erben condictionem indebiti wegen dessen, was er auf das Capital und Zinsen zu viel gezahlet zu haben vermeynet, angestellet. Entstehet demnach die Frage: Ob Kläger durch die sub. B. beygelegte Quitungen klärlich erwiesen, daß Beklagte auf ihr Capital zu viel gehoben, und solches wieder heraus zu geben schuldig? Nun ist zwar des Klägers Meynung nach, durch den wider ihn entstandenen Concurs, dabey geschehene Cessionem bonorum und erfolgte Immission in seine Güther der cursus usurarum gehemmet worden; Bey welchem Umstande es das Ansehen gewinnet, ob sey die von Fricken angestellte condictio indebiti liquid, und Beklagte schuldig, das zu viel erhobene heraus zu geben. Alldieweil aber weder der erfolgte Concurs, noch die demselben gemeiniglich vorgehende Immission und Cession, den ordentlichen Lauf der verschriebenen oder sonst schuldigen Zinsen hemmet, sondern

den Gläubigern dennoch frey stehet, selbige ex bonis cessis zu fodern, bey welcher Bewandniß nicht abzusehen, wie Fricke die nicht von ihm selbst, sondern aus seinen cedirten bonis, nach Inhalt der Verschreibung, an die Bötcherische Erben bis anno 1707. gezahlte Zinsen, als ein indebitum wieder fodern könne; So hat derselbe durch die producirte Quitungen nicht dargethan, daß Beklagte auf ihr Capital zu viel gehoben.

COROLLARIVM.

Vniversitas etiam & civitas obærata ad cessionem bonorum recte provocat; qua facta, membra eiusdem, etsi ditissima, conveniri amplius non possunt. Vide *Specimen CXXXI. de Debitis civitatum & collegiorum, medit. 4. 5.*

SPECIMEN CCCCLXXV.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. IV.
DE
ARRESTO.

I.

Arrestum impetraturus duo demonstrare debet, debitum certum & periculum in mora.

II.

Liquiditas debiti non desideratur.

III.

III.

Iudex, qui sine alterutro illorum arrestum decernit, tanquam suspectus recusari potest.

IV.

Impetrans vero ad omne interesse convenitur.

Iudicem in decernendo arresto circumspectum esse debere, omnes aiunt. Constare nempe illi ante omnia de duobus debet, primum de debito ipso, deinde de periculo in mora. Quod ad primum attinet, perhibent quidem vulgo, ostendi oportere, debitum esse verum & liquidum. Ita *Struvius in Iurisprudentia l.* 4. *tit.* 16. §. 2. & *Martini in Processu tit.* 51. §. 3. *n.* 8. *&* 39. De debito vero & certo consentio. At liquidum non requiro. Scio, arrestum decretum fuisse contra conductorem, qui partem mercedis in frugibus, fatente locatore, solverat, maximam tamen partem adhuc debebat, nec ad rationes computandas compelli poterat, sed discessum parabat; item contra emtorem mercium tabernariarum, qui debitum non inficiabatur, sed pretium a venditore statutum immodicum aiebat; porro contra heredem, qui res hereditarias ex oppido, in quo ius detractus receptum erat, exportare volebat. In nullo horum casuum liquiditas aderat, aderat tamen certitudo, atque adeo arrestum iure decernebatur. Alterum, quod demonstrari oportet, est periculum in mora, scilicet debitorem de fuga suspectum esse, aut bona sua prodigere; aut creditores alios omnia ablaturos imminere. Vide *Mevium de Arrestis cap.* 6. Quodsi iudex sine alterutro eorum, quæ desideravi, arrestum decernat, iniurius est, *L.* 32. *de Iniuriis*, atque suspectum se reddit, & caussa ipsi propterea merito aufertur secundum ea, quæ in *Specim. LXVII.* de

Digitized by

de Iudice suspecto, medit. 4. dixi. Ita iudicavimus mense Septembri anni CIↃIↃCCXVI. In Appellations-Sachen des Chur-Pfälzischen Geheimden-Raths, Herrns von Wittgenstein, Beklagtens und Appellantens an einem, wider den Königl. Preußischen Rath und Fiscal, Herrn von Groin, Klägern und Appellaten am andern Theil, erkennen Burgemeistere und Rath der Stadt Hamm :c. Nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß der verhengte Arrest wieder aufzuheben, und Beklagter sich vor dem Richter zu Bochum ferner einzulassen nicht schuldig. Er muß aber nach anderweit vorgehender Ladung in hiesigen Gerichten die zum Grunde der Klage gesetzte Documenta, wenn solche in originali gebührend vorgeleget werden, sub pœna recogniti entweder salvis exceptionibus recognosciren, oder eydlich diffitiren, worauf weiter ergehet, was sich zu Recht gebühret. V. R. W. Rat. dec. Beklagter beschweret sich darüber, daß der Richter zu Bochum den Procefs gleich ab arresto, also von der Exsequution, angefangen, und ihn niemalen dazu gehörig vorladen lassen. Alldieweil nun der Arrest an sich etwas schimpfliches ist, also nicht ohne rechtmäßige Ursache von dem Richter erkannt werden muß, da denn insonderheit nöthig ist, daß derjenige, welcher um Arrest ansuchet, vorher ein periculum in mora, und, wie der debitor de fuga suspectus oder sein Vermögen durchbringe, bescheinige, welches der Richter zu Bochum nicht in Acht genommen, sondern auf blosses Begehren des Klägers so fort des Beklagten, eines in wichtigen Ehren-Aemtern sitzenden, und mit unbeweglichen Güthern angesessenen, auch de fuga und dilapidatione gar nicht verdächtigen Mannes, Vermögen arrestiret, demnach solcher unrechtmäßiger Arrest billig wieder aufzuheben ist; Bey dieser Bewandniß haben wir, da einige Feindschaft zwischen Beklagtem und dem Richter zu Bochum hervorscheinet, dieser auch, sonderlich in Verhengung des Arrests, zu weit gegangen, die Sache von Bochum ab ad iudicium secundæ instantiæ gezogen, und, daß der Arrest aufzuheben,

Digitized by Google

ben, und Beklagter von neuem ad recognoſcendum vorzuladen ſey, erkannt. Sed & is, qui arreſtum impetravit, obligatur alteri, atque in id, quod intereſt, e. gr. ſi pecuniam arreſtavit, ad uſuras eius præſtandas damnatur. Sic menſe Iulio anni CIↃ IↃ CCXVIII. iudicarunt ICti Helmſtadienſes ex his rationibus: Kläger iſt der Mackiſchen Erbſchaft eine Summam Geldes ſchuldig, auch dieſelbe zu bezahlen Rechtskräftig verdammet worden, hat darauf die Gelder gerichtlich deponiret, aber zugleich wegen einer an ſeinen Bruder, der eine Mackiſche Tochter und Erbin zur Ehe gehabt, prætendirten Schuld-Foderung arreſtiret, da denn in erſter Inſtanz ſein Arreſt gültig erkannt, jedoch nachgehends in der Appellation wieder aufgehoben, und ihm der Beweis, wie ſein Bruder die Schulden währender Ehe mit Annen Mackens gemacht, auch vor der Ehe nichts eigenes gehabt, nachgelaſſen worden. Dagegen hat Kläger Reviſion geſuchet, und ſtatt der gravaminum angeführt, daß ein rechtmäßig angelegter und erkannter Arreſt ohne Caution oder anderweite genugſame Verſicherung nicht wieder aufgehoben werden könne. Alldieweil aber ein Arreſtant bey Anlegung des Arreſts zweyerley, daß nemlich ſeine Schuld gewiß, und der Schuldener de fuga ſuſpectus ſey, beybringen muß, Kläger hingegen deren keines erwieſen, indem die Frage, ob die Mackiſche Erbſchaft vor ſeines Bruders Schulden haften müſſe, den gröſten Zweifeln unterworfen iſt, er auch ſelbſt nicht leugnen kann, daß ein Mackiſcher Erbe mit unbeweglichen Güthern angeſeſſen ſey, dieſemnach der angelegte Arreſt null und nichtig iſt; So haben wir nicht allein voriges Urthel beſtätiget, ſondern auch Klägern in die Zinſen und Unkoſten vertheilet.

V.

Contra debitorem notorie obæratum bonisque lapſum arreſtum ſine omni probatione decerni poteſt.

In concursu quodam creditorum Mense Iulio anni CIↃ IↃ CCXVII. ad nos delato maxima erat inter eos, qui arresta imposuerant, de iure suo & loco præcipuo pugna. Nullus ex iis erat, cui non aliquid obiiceretur. Illius procurator arrestum obtinuerat, nec tamen mandatum exhibuerat. Alteri ad simplices preces iudex arrestum concesserat, & nec exemplum quidem chirographi viderat. Alius periculum in mora non docuerat, quin nec allegarat quidem. Aliquis die feriato venerat. Adhuc alius, fervente iam iudicio & curatore bonorum constituto, iudicem implorarat. Iudex tamen omnibus annuerat. In his turbis diu, quid faciendum, deliberavimus. Et initio quidem in eo eramus, ut omnia ista arresta iniusta & nulla declararemus. Sed vicit tandem sententia, sustinenda esse omnia. Videlicet iura, quæ iudicibus in decernendis arrestis summam cautionem præcipiunt, hoc maxime pro ratione habent, ne debitor honestus ac idoneus per arresta fidem famamque amittat, atque a confluentibus undique creditoribus, quibus singulatim forsan satisfecisset, obruatur, atque ad cessionem bonorum adigatur. Vide *Ludovici* Einleitung zum *Civil-Process cap.* 4. §. 4. At vero in præsente casu debitor iam diu, antequam arresta flagitarentur, ad incitas redactus fidem omnem perdiderat. Cessante itaque ratione, iudex impune facilis in decernendis arrestis esse potuerat. Has igitur rationes decidendi dedimus: Weiter seynd die Arrestanten nach der Zeit, da sie den Arrest angeleget, gesetzet. Denselben wirft Beklagter vor, sie hätten die in den Landes-Gesetzen zu einem gültigen Arreste erfoderte Stücke nicht in Acht genommen. Weilen aber die Verfasser solcher Rechte eigentlich deshalben so viel Requisita bey Anlegung eines Arrestes vorgeschrieben, damit ein noch in Credit stehender Mann nicht leichtlich durch ungegründete Arresta in Miß-Credit und Ruin gebracht werde, hingegen der jetzige Debitor, wie ihm die Arreste

angeleget

Digitized by Google

angeleget worden, bereits völlig ruiniret gewesen, demnach die ratio obgesagter Rechte allhier cessiret, überdies der Iudex, auf welchen es vornemlich ankommt, die legitimationes personarum und ad caussam einmal vor richtig erkannt, und die gesuchte Arreste angenommen, worzu ferner kommt, daß die Arrestanten fast insgesammt die Vorschrift der Gesetze bey Anlegung der Arreste in einem und dem andern Stücke nicht genau in Acht genommen, also keiner dem andern was sonderlich vorzuwerffen hat; Diesemnach seynd wir diese des Contradictoris Exceptiones übergangen.

VI.

Ob præsentissimum in mora periculum arrestum a procuratore, qui mandatum non exhibuit, impetratum subsistit.

Quum arrestum res magni momenti sit, atque arrestanti etiam, si is temere id obtinuerit, periculum parere queat, analogia iuris poscit, ut nemo alterius nomine id petere queat, nisi speciale mandatum exhibeat. Vide *c.* 4. *de Procuratoribus in* 6. *&* *Martini Processum tit.* 51. §. 9. Accidit tamen interdum, ut præsentissimum in mora periculum sit, atque procurator petitionem arresti sine maximo clientis sui damno differre nequeat. Tunc necessitas legem non habet, admittendusque est procurator etiam sine mandato cum cautione de rato. Et valebit arrestum, dummodo postea doceat, clientem sibi hoc mandasse. Consentit *Bergerus in Oeconomia Iuris p.* 1170. *n.* 11. Sic mense Septembri anni CIↃ IↃ CC XVIII. iudicavimus ex his rationibus: Es entstehet bey den Formalibus des angelegten Arrestes starker Zweifel, indem der Klägerin Mandatarius bey dessen Anlegung keine Vollmacht vorgewiesen, und erst nachgehends fol. 30. eine wegen darinnen radirten dati der Anticipation halber etwas verdächtige produciret, auch das Curatorium noch bis dato nicht ad acta gebracht. Allein, da bey Anlegung der Arreste es öfters eilfertig zugehet, und ein vollständiges Mandatum nicht

Digitized by Google

so fort angeschaffet werden kann, demnach den Arrestanten hierinnen etwas nachgesehen wird; So haben wir die formalia passiren lassen.

VII.

Arrestans de iure communi ius præcipuum præ aliis creditoribus non consequitur, præterquam in ea re, quæ per arrestum servata fuit.

VIII.

Iuribus Saxonico &c. arrestum hypothecam tribuit.

IX.

Non aliter tamen, quam si ante motum concursum imponatur.

Arrestum de iure communi nullum ius præcipuum, nullam hypothecam tribuit, sed ceteris quoque creditoribus prodest, *L. 12. pr. de Rebus auctoritate iudicis, L. ult. C. de Bonis auctoritate iudicis.* Excipio tamen casum, quo per arresti impositionem res, quæ periisset aut exportata fuisset, conservata est. Tunc enim ipsa æquitas, ut arrestans in ea re creditoribus aliis, quamvis potiora iura habentibus, præferatur, poscit, & *lex* 10. §. 16. *Quæ in fraudem creditorum* præcipit. Saxones tamen, quibus Bohemi, Lusati, Magdeburgenses, Halberstadienses, Anhaltini, Mindenses, Meclenburgenses, aliique adsentiunt, arrestantibus hypothecam tribuunt. Videas ergo in iis provinciis, simulac facultates alicuius suspectæ esse incipiunt, confluere creditores, & arresta certatim efflagitare, atque singulos, ut alter alterum vel momento antevertat, enixe laborare. Ista tamen contentio non diutius permittenda est, quam quousque concursus creditorum auctoritate iudicis initium accepit. Post hunc arresta recipi non debent amplius.

Scio

Digitized by Google

Scio quidem, dissentire a me *Carpzovium dec.* 271. *n.* 18. *sqq.* atque arresta, fervente etiam concursu, donec sententia, quam vocant, classificatoria feratur, permittere. Sed contradicunt ei rectius alii, & inter hos *Berlichius P.* 3. *dec.* 365. *n.* 3. 4. qui recte argumentum ducit ex conventionali pignore, quod pendente concursu unus vel alter ex creditoribus in præiudicium reliquorum adquirere non potest, *L.* 10. §. 13. *L* 22. *Quæ in fraudem credit.* Secundum hunc itaque Mense Novembri anni CIↃ IↃ CC XIV. iudicavimus: Daß die sub n. 9. und 10. gesetzte Arrestanten dem von Montigny, Schreibern, Matthiä, Köhnemannen, Philipp Salomonen und Solomon Levi nicht vorzuziehen, sondern in Ansehung derselben vor blosse chirographarische Gläubiger zu achten, und dasjenige, was sie zum voraus erhalten, mit ihnen ohne Unterscheid der Zeit und pro rata zu theilen schuldig seynd. V. R. W. Rat. dec. Von den 6. wider das letztere Urthel eingewendeten Supplicationen seynd nur 3. von uns vor erheblich geachtet worden. Die erste ist einiger creditorum chirographariorum, welche sich darüber beschweren, daß ihnen die Arrestanten vorgesetzet worden, da doch der Arrest moto iam concursu angelegt, demnach kein ius pignoris geben kann. Nun fehlet es zwar nicht an Rechts-Lehrern, welche behaupten, daß die Arrest-Suchung jederzeit noch vor Fällung des Classifications-Urthels statt finde. Allein es weisen andere mit bessern Gründen, daß alsdenn, wenn die Obrigkeit, wie in gegenwärtigem Falle geschehen, sich auf Ansuchung der Gläubiger bereits interponirt, die Güter versiegeln lassen und in Besitz genommen, also dem Concurs-Processe den Anfang gemacht, die Gläubiger kein weiteres Recht zu arrestiren haben, sondern die bona des debitoris nunmehr vor gemeinschaftlich zu achten seynd, welches auch von dem Rathe zu Minden in dem Vol. I. primæ instantiæ fol. 13. b. befindlichen Decreto selbst also erkannt worden; Diesemnach haben

ben wir zwar Dietrich Störmern in der ihm angewiesenen 8. Stelle wegen des von ihm am 1. Febr. bereits angelegten Arrests gelassen, den übrigen aber, so n. 9. und 10. gesetzet worden, auferleget, dasjenige, was sie mehr als andere chirographarische Gläubiger bekommen, mit den Supplicanten pro rata zu theilen. Ceterum in Electoratu Saxoniæ per novam legem, die erläuterte *Procesß*-Ordnung *tit.* 51. arresto effectus hypothecæ ademtus fuit.

X.

Creditor oblatam pro remittendo arresto idoneam cautionem tunc, quum nomen præsens & liquidum est, recte recusat.

XI.

At in debitis illiquidis & altiorem indaginem desiderantibus creditor, qui idoneam cautionem accipere detrectat, in expensas & damna damnatur.

Vtraque thesis æqua est, & convenit *capitulo* 23. *X. de Verbor. signif.* Adde *Martini Processum tit.* 51. §. 1. *n.* 160. & 162. Quare nos mense Ianuario anni CIƆ IƆ CC XVI. sic iudicavimus: Daß der verhengte Arrest gegen den von Beklagten bestellten Vorstand aufzuheben, Kläger auch, weil er solchen anzunehmen sich ohne Ursach geweigert, allen dadurch verursachten Schaden zu erstatten schuldig. V. R. W. Rat. dec. Was anfänglich die gebetene Relaxation des verhengten Arrests betrift, so muß man sich wundern, wie Kläger darwider protestiren, und den ihm angebothenen, auch seinem eigenen Geständnisse nach tüchtigen Vorstand, refusiren können. Er schützet zwar vor, er habe den Arrest fürnemlich deshalben, damit er desto eher zu seiner Bezahlung gelangen möchte, ausgebracht, und würde solchen Endzweck nicht erlangen, daferne man ihn Caution annehmen

Digitized by Google

men zwänge. Allein dieser Prætext ist nur alsdenn zureichend, wenn die Schuld, deshalben der Arrest angeleget worden, offenbar und unstreitig, und nur auf der Exsequution beruhet. Dahingegen des Klägers Foderung, wie aus folgenden erhellen wird, noch ziemlich zweifelhaft, und in altiore indagine bestehet. Diesemnach hat derselbe die Caution anzunehmen, und allen durch seinen Refus verursachten Schaden zu ersetzen, condemniret werden müssen.

XII.

Remissio arresti accuratiorem caussæ cognitionem requirit, quam impositio.

XIII.

Arrestum, quod iudex sine caussæ cognitione remittit, adhuc subsistit.

Equidem iudex arrestum, præstita per fideiussores vel pignora idonea cautione de iudicio sisti & iudicatum solvi, remittere debet. Vide *Recessum Imperii de anno* 1594. §. 81. & *Martini in Processu tit.* 51. §. 1. *n.* 151. At hæc remissio antecedentem caussæ cognitionem desiderat, & solemniorem quidem, quam quæ in impositione necessaria fuit. Decernit quippe arrestum iudex, non vocato prius in ius nec audito debitore. Hoc vero in remissione arresti negligi non debet. Audiendus videlicet ante omnia est creditor. Is enim, quemadmodum supra dixi, in nomine puro & liquido oblatam, etsi tutissimam, cautionem respuere plane potest. Quin imo, si etiam debitum eius disceptationi alicui obnoxium est, poterit tamen quid forsan circa cautionem ipsam eiusque idoneitatem monere. Huc pertinet *L.* 47. *pr. de Re iudicata.* Consentit mecum *Mevius P.* 3. *dec.* 111. Et sic mense Martio anni CIↃ IↃ CCXV. iudicavimus ex his rationibus: Es ist ausser Zweifel, daß der

von

von Klägern wider seinen Schuldener, den Pastor Redelffsen, dessen schlechter Zustand und Unvermögen zu zahlen deutlich genug hervorscheinet, auf die bey der Flüggischen Wittwe stehende Sachen gesuchte und erhaltene Arrest gültig gewesen, und Klägern also ein pignus prætorium in denenselben zu wege gebracht. Es kommt demnach anjetzo nur auf die Frage an: Ob der Beklagte an besagten Sachen ein mehreres Recht habe? Solches will derselbe daher behaupten, weil der Arrest nachgehends wieder aufgehoben worden; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob könne Beklagter die an sich genommene Sachen und die aus einigen geldsete Gelder heraus zu geben nicht angehalten werden. Alldieweil aber die von dem Pastor auf seine blosse Vorstellung, und ohne Klägern darüber zu hören, auch ohne Bestellung eines genugsamen Vorstandes ausgebrachte Relaxation unmöglich bestehen kann; So ist der Beklagte allerdinges schuldig, Klägern die bey der Flüggischen Wittwe gestandene Sachen, und das aus den verkauften geldsete Geld heraus zu geben.

SPECIMEN CCCCLXXVI.
MEDITATIONUM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. V.
DE
EXSEQVVTIONE.

I.

Exsequutio in stipendium militis fieri nunquam debet, etsi alia bona deficiant.

II.

Exsequutio hæc ne tunc quidem permittitur, quum miles per eam a servitio reipublicæ penitus non abstrahitur.

In

In *L. 4. C. de Exſequutione rei iudicatæ* iudex exſequutionem in ſtipendia militum facere vetatur, & additur: *quum rem iudicatam poſſit aliis rationibus exſequi.* Ex his verbis argumento tanquam a contrario ſenſu colligunt interpretes apud *Menochium lib. 2. Arbitr. iud. quæſt. caſ.* 378. *n.* 11. tunc ſtipendia pignori capi poſſe, quum alia non ſuperſint bona, in quæ exſequutio fieri poſſit. Aſt ego hanc limitationem legis non probo. Crediderunt nempe, qui illam excogitarunt, in verbis ſupra memoratis rationem legis latere. Sed falluntur profecto. Reſcribunt ſimpliciter Auguſti, legis iſtius conditores, exſequutionem in ſtipendia militum fieri non debere, ſed potius in alia eorum bona. Rationem nullam addunt, ſubintelligunt tamen, favorem ſcilicet reipublicæ, cuius intereſt maxime, milites nulla ratione impediri, nec alimenta eorum, ita enim ſtipendia in *L. 31. C. de Locato* appellantur, imminui. Et hæc ratio magis etiam tunc locum invenit, quando miles bona alia non habet. Sic enim minus ſtipendio carere poterit. Adhibet quidem *Menochius* temperamentum, aitque, tunc ſtipendia, deficientibus quamvis aliis bonis, pignori tamen capi non poſſe, quando ſtipendiatus per hoc a ſuo munere & officio ex toto ſubmoveretur. Verum non eſt neceſſe ad hoc reſpici. Attribuit reſpublica militibus eminentioribus ſtipendia, non ut vitam quomodocunque tranſigant, ſed ut cum honore & dignitate ſerviant. Quæ quum ita ſint, ICti Helmſtadienſes menſe Novembri anni CIↃ IↃ CCXXV. exſequutionem in ſtipendium militis fieri ſimpliciter vetuerunt ex his rationibus: Es kann die Exſequution in ſeine monathliche Gage nicht geſchehen, nachdem die Beſoldungen von dem Landes-Herrn nicht zu Bezahlung der Schulden, ſondern zu Verrichtung der Dienſte gereichet werden, und das Publicum darunter leiden würde, wenn ein Officier durch Verkürzung oder Hinwegnehmung ſeiner Gage

auſſer

ausser Stand käme, die zu den Krieges-Diensten und der gewöhnlichen Equipage nöthige Unkosten zu bestreiten, wannenhero denn die Rechte die Exsequution in die Besoldungen zu thun ausdrücklich verbieten.

III.

Exsequutio nec in aliorum officialium publicorum stipendia fieri potest.

IV.

Quin ne quidem in stipendia officialium privatorum.

Legem ante memoratam 4. *C. de Exsequut. rei iud.* extendunt communiter ad togatæ militiæ milites. Vide *Brunnemannum ad istam L. n.* 3. Et recte profecto. Est enim in illis idem reipublicæ favor, qui in militibus. Movit me iam olim hæc ratio, ut in *Specimine CCXXIX. de Pignore invalido coroll. un.* omnium, qui in publico munere constituti sunt, sive liberalem sive illiberalem artem exerceant, stipendia exsequutioni eximerem. At nunc, re rectius cogitata, hoc & ad officiales privatos, quibus annuum salarium constitutum est, advocatos, procuratores, administratores, iustitiarios, famulos extendi. Ipse ego aliquando iudici arrestum mercedi, quam famulo meo apud ipsum condemnato debebam, imponenti respondi, me arresti huius rationem non habiturum. In exsequutione enim quilibet tertius, cuius interest, eam non fieri, intervenire potest, &, si interesse hoc suum saltem summariter doceat, audiendus est, *L.* 15. §. 4. *de Re iudicata, c.* 38. *X. de Testibus, Martini in Processu tit.* 39. §. 1. *n.* 553.

V.

Exsequutio in beneficium & stipendium clerici fieri potest.

VI.

Digitized by Google

VI.

Cui saltem necessaria alimenta relinquenda sunt.

Sunt nonnulla capita, in quibus ecclesiarum & clericorum conditio deterior est aliorum privatorum conditione. Exemplum in præscriptione annuorum redituum occurrit, de quo supra *in Specim. CCLIII. de Præscript. annuorum redit. medit.* 5. & *Specim. CCCLXXXIII. de annuis legatis, medit.* 6. dixi. Nunc aliud de stipendiis & beneficiis clericorum memorabo. In hæc, si modo salva sint necessaria alimenta, exsequutio recte fit. Rationem diversitatis hanc esse puto, quod ecclesiæ non intersit, ministros suos officium splendide & cum dignitate obire. Sed rem totam dilucide explicui in responso, quod mense Maio anni CIↃ IↃ CC XVII. ICtorum Helmstadiensium nomine exaravi: Als uns ꝛc. ein Schreiben zugesandt, und über die Frage: Ob die geistlichen Revenuen eines Capitularis in einem Protestantischen hohen Stifte bey einem gegen denselben entstehenden concursu creditorum und sein Vermögen weit übersteigenden Schulden-Last in subsidium ad massam concursus gezogen, und sequestrirt werden können, sonderlich, wenn der debitor nicht genugsam erweisen sollte, daß durch zulängliche Unglücks-Fälle die Uebermasse der Schulden verursachet worden; unsere in Rechten gegründete Meynung ꝛc. Es gewinnet zwar das Ansehen, ob könnten die zum Unterhalte eines Geistlichen gewidmete Revenuen ganz und gar nicht zum Concurse gezogen werden, in Erwegung, daß der Kirchen höchlich daran gelegen, durch Beybehaltung der beneficiorum und Besoldungen die Canonicos und andere ihre Bediente in dem Stande, den ihnen anvertraueten Aemtern und Würden mit Ehren vorzustehen, zu erhalten, hiernächst die Exsequution wider einen mit Schulden beladenen Soldaten in dessen Stipendia oder Besoldungen nicht geschehen kann, *L.* 4. *C. de Exsequutione rei iudicatæ* und denn die Clerici, worunter auch die Canonici mit begriffen, pro militibus spiritualibus geachtet, *c.* 1. *X. de Re-*

 nunciat.

nunciat. ibi: *militiæ cingulum*, und vieler den Soldaten ertheilten Privilegien theilhaftig gemachet werden, sonderlich, wenn eine Identitas rationis vorhanden, dergleichen sich allhier findet, gestalt dem publico höchlich daran gelegen ist, daß weder die Soldaten noch Geistliche durch Entziehung ihres Unterhaltes ausser Stand, der Repulic und der Kirche zu dienen, gesetzet werden, endlich ein Schuldener bey wider ihn entstehenden Concurse diejenige bona, welche er zu veräussern keine Macht hat, auch nicht cediren kann, *L.* 3. *C. qui bonis cedere possunt*, *Martini in processu tit.* 52. §. 1. *num.* 30. und denn die Einkünfte der Canonicaten keiner Veräusserung unterworfen seynd. Alldieweil aber das ius canonicum in terris protestantium eingeführet, und sonderlich in den wegen Kirchen-Sachen, Canonicaten und dergleichen vorkommenden Streitigkeiten, nach einstimmiger Meynung aller Rechts-Lehrer, in so weit nicht das Widerspiel ausdrücklich verordnet ist, zur Richtschnur dienen muß, besagtes ius Canonicum auch in *c.* 2. & 3. *X. de Fideiussoribus* ausdrücklich verordnet, daß die geistliche Einkünfte eines mit Schulden überladenen Clerici sequestriret, und zu Bezahlung der Schulden angewendet werden sollen, und diese Capitula nach dem Zeugnisse des *Gonzalez Tellez* und übrigen Commentatorum, ingleichen anderer Rechts-Lehrer, *Gailii lib.* 1. *Observ.* 117. *num.* 8. *Salgado de Samoza in Labyrintho creditorum Part.* 1. *c.* 24. *num.* 40. allwo derselben noch eine grosse Anzahl sich findet, in praxi eingeführet seynd, nächstdem diese Verordnung des iuris canonici der Billigkeit höchst gemäß ist, und ein Clericus mit gutem Gewissen nicht prætendiren kann, von den Revenuen seiner Præbende in Ueberfluß zu leben, seine Gläubiger hingegen, welche ihm das Ihrige bona fide vorgestrecket, Mangel leiden zu lassen, darwider nichts thut, was oben in rationibus dubitandi von dem Interesse der Kirche und der Republique gemeldet wird, sintemal weder der Kirche noch der Republic daran gelegen ist,

daß

daß die Canonici und andere Geistliche überflüßige Revenuen haben, wenn sie nur das nothwendige, ohne welches sie nicht honett leben noch ihr Amt verwalten können, behalten, und denn dieses letztere genugsam geschiehet, wenn man nach Anleitung des *cap.* 3. *X. de Solutionibus*, wie solches von *Barbosa*, *Grannanietto*, *Fagnano*, *Gonzalez* und andern commentatoribus, ingleichen von *Nicolao de Grassis de effectibus clericatus effect.* 7. *Covarruvia lib.* 5. *variar. resolut. c.* 1. und den meisten übrigen Rechts-Lehrern erkläret wird, nicht weniger der eingeführten praxi, wovon unter den Catholiken *Salgado de Somoza loco supra citato*, und die von ihm daselbst allegirte, und von den Protestanten *Carpzov. Part.* 1. *C.* 32. *def.* 18. *in fine*, *Stryk. in notis ad Brunnemanni ius ecclesiasticum lib.* 2. *cap.* 15. *in fine*, *Boehmer in iure ecclesiastico protestantium lib.* 3. *tit.* 23. §. 29. Zeugniß ablegen, dem verschuldeten Canonico eine zu seinem nothdürftigen Unterhalte hinlängliche Pension ausgesetzet und jährlich bezahlen lässet, übrigens das oben a bonis alienationi non obnoxiis hergenommene dubium von dem allda allegirten Martini und andern dergestalt gehoben wird, daß sie den creditoribus kein Recht an der Præbende selbst, sondern nur an den Einkünften, so lange der Schuldner lebet und das Recht sie zu geniessen hat, einräumen, *arg. L.* 48. §. 1. *de Iure fisci*; So werden des oben gedachten Capitularis geistliche Revenuen ohne Unterschied, es mag derselbe durch Unglücks-Fälle oder durch seine Schuld in den concursum creditorum gerathen seyn, in subsidium ad massam concursus genommen und zur Sequestration gebracht.

VII.

Exsequutio pignus publicum tribuit, & impetrantem omnibus privatum saltem pignus, etsi antiquius, habentibus præfert.

VIII.

Exſequutio etiam ficte per longam brevemque manum, item per ſymbolum, fieri poteſt.

IX.

Simplex proteſtatio alterius creditoris contra exſequutionem non attenditur, nec effectus eius impedit.

Prima theſis ex *L.* 10. *D.* & *L.* 2. & 3. *C. Qui potiores in pignore* patet, atque *a Martini in Proceſſu tit.* 47. §. 1. *n.* 5. aliisque ſatis explicatur. Nec ſecunda theſis multum difficultatis habet. Scilicet exſequutioni omni traditio quædam iudicialis ineſt. Traditio vero per longam brevemque manum, item per ſymbolum recte fit. Quare quum iudex in decreto exſequutionis creditori poteſtatem feciſſet, res debitoris in ſecuritatem crediti ſui occupandi, atque hic eas deinde privatim occupaſſet, hac occupatione illum ius pignoris conſequutum fuiſſe, credidimus. Etſi enim pignoris mentio in decreto facta non eſſet, adhibita tamen vox *ſecuritas* idem prorſus ſignificabat, *L.* 9. *C. Quæ res pignori.* Tertia theſis, quod proteſtatio tertii cuiusdam exſequutionem non impediat, plus dubii habere videtur. Nam tertius in ipſa etiam exſequutione intervenire atque hanc contradictione ſua morari poteſt, *c.* 38. *X. de Teſtibus.* Verum iſta interventio non aliter attenditur a iudice, quam ſi interveniens ſimul ſummariter ius ſuum & intereſſe doceat, *L.* 15. §. 4. *de Re iudicata.* Hoc vero per ſimplicem proteſtationem non fit. Sic itaque menſe Novembri anni CIↃ IↃ CC XXI. iudicavimus: Daß Intervenientens Suchen nicht ſtatt habe, jedoch die beyderſeits verurſachte Unkoſten gegen einander aufzuheben ſeynd. V. R. W. Rat. dec. Es hat Andreas Eyſolt nebſt ſeiner Frauen dem Intervenienten am 9. April 1717. eine Pfand-Verſchreibung ausgeſtellet, und kurz hierauf dem Interventen eben dergleichen gegeben. Intervent hat die Sache zum erſten bey den Gerichten anhängig

hängig gemachet, und am 16. Dec. 1717. die Exsequution, und daß die aus dem Eysoldischen Hause weggenommene Sachen in sein Haus gebracht worden, erhalten. In termino exsequutionis hat sich Intervenient bey dem Richter angegeben, jedoch seiner Forderung keine Meldung gethan, sondern nur mit der Exsequution innen zu halten, gebeten, und, da man ihm hierunter nicht gratificiret, den 22. Decembr. 1717. die Interventions-Klage erhoben. Entstehet also die Frage: Wer von beyden Gläubigern in den bey der Exsequution weggenommenen Sachen dem andern vorzuziehen sey? Nun scheinet zwar dem Intervenienten zu statten zu kommen, daß seine Pfand-Verschreibung älter, daß er gleich Anfangs wider die Exsequution protestiret, daß folglich selbige dem Interventen kein Recht zu wege bringen können. Alldieweil aber des Intervenienten Pfand-Verschreibung nur privatim ausgefertiget, hingegen die darzu gekommene Exsequution und auctoritate iudicis geschehene Uebergabe der weggenommenen Sachen sonder Zweifel dem Interventen ein pignus iudiciale gegeben, welches allhier um so viel weniger Zweifel hat, da die in dem Decret vom 16. Decembr. 1717. enthaltene Worte: *Interventen nunmehro die Macht ertheilet wird, die ihm verpfändete Sachen zu seiner Sicherheit zu sich zu nehmen;* ein Pfand constituiren, diesemnach des Interventen Pfand tanquam publicum des Intervenienten seiner ältern aber Privat-Hypothec nothwendig vorgeht, dawider des Intervenienten in termino exsequutionis gethane Bitte, mit der Exsequution inne zu halten, nichts thut, indem der Richter sich daran nicht gekehret, auch, weil Intervenient keine Ursach dieses seines Verlangens angeführet, sich daran zu kehren nicht nöthig gehabt; So seynd wir vor Interventen zu sprechen, jedoch weil Intervenient viel Wahrscheinlichkeit vor sich gehabt, die Unkosten gegen einander aufzuheben bewogen worden. Ceterum de iure pignoris, quod in Saxonia per exsequutionem obtinetur, vide die erläuterte *Proceſs-Ordnung tit.* 47.

X. *Ex-*

Digitized by Google

X.

Exsequutio pignoribus publicis anterioribus non præiudicat.

Hoc æquitati & rationi iurium nostrorum sat convenit, quod pignus publicum per exsequutionem obtentum cedat pignoribus aliis æque publicis, sed tempore prioribus. Vide *L.* 2. *Qui potiores in pignore.* Dissentire videtur *Mevius P.* 7. *dec.* 150. existimans, creditorem per exsequutionem in prædium aliquod debitoris immissum solum relinquendum, & ceteris omnibus id tantum tribuendum, quod restat. Sed huic recte contradicit *Strykius in notis ad Brunnemanni Concursum creditorum cap.* 2. §. 6. ex duplici ratione: 1) quia immissio semper fit, salvo aliorum creditorum iure, vel hæc clausula ad minimum subintelligenda, 2) quia res ad immissum transit cum onere reali hypothecæ, ut hinc hypothecarii priores actionem suam salvam retineant. Quare ICti Helmstadienses in concursu quodam creditorum mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXIII. creditorem quendam immissum indeque sibi ius præ ceteris creditoribus omnibus vindicantem decimo tamen loco post multos alios collocarunt: 10. Johann Ernst Heynemann mit 78. Thaler, vermöge des durch die am 8. Dec. des 1712. Jahres geschehene Exsequution erlangten iuris realis. V. R. W. Rat. dec. Was Heynemanns Foderung betrift, so will derselbe zwar damit allen übrigen Gläubigern, wegen des durch die Exsequution erhaltenen iuris realis, vorgehen. Weil aber die Exsequution ihm kein Recht vor diejenige, welche ein älteres Unterpfand in den Gütern haben, geben kann, sondern diese ihm allerdinges bey der Bezahlung vorgezogen werden; So haben wir ihn nicht eher, als nach den ihm vorgehenden Creditoribus, setzen

ſetzen können. In Saxonia res dubium non habet per *Ord. Proc. veterem tit.* 47. §. 1.

XI.

Exſequutio, quam debitor reſiſtendo impedivit, pro facta habetur.

Aliquando debitor exſequutioni reſiſtit, ſeu, ut Vlpianus in *L.* 1. §. 1. *Si qui ius dicenti* loquitur, quod extremum in iurisdictione eſt, non facit. Iſtud vero factum improbum, violentum, illicitum creditori vigilanti nocere non debet. Obſtare quidem videtur, quod in *L.* 1. *pr.* & §. 1. *Ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem*, item in *L.* 14. *pr. Quibus ex cauſſis in poſſeſſionem*, iudicium ſaltem & actio, quanti ea res fuit, ob quam alter in poſſeſſionem miſſus eſt, contra prohibentem detur. Verum hæc actio plerumque inanis eſt, quum exſequutio ſemper fere contra obæratum decernatur, quem amplius damnari nec operæ pretium videtur. Igitur alio modo ſuccurrendum actori. Nempe exſequutionem pro facta declarari oportebit. Fecimus id aliquando in huiusmodi ſpecie: Condemnatus fuerat reus, & decreta in bona eius exſequutio. Sed repulerat ille exſequutores abegeratque. Igitur ad preces creditoris alius dies exſequutioni præfigitur, militesque ſuppetias ferre iubentur. Interea pater debitoris intervenit, a decreta exſequutione appellat, ſeque antiquius ius crediti habere ait. Nos vero, etſi patri antiquitatem temporis non negaremus, creditori tamen, qui decretum obtinuerat, ex eo die, quo debitor exſequutionem impedierat, pignus iudiciale adiudicavimus, atque adeo & interventionem & appellationem menſe Septembri anni CIƆ IƆ CC XXV. reiecimus: Daß, der eingewandten Appellation ungeachtet, der am 23. Novembr. 1724. ertheilte Beſcheid zu beſtätigen, die Exſequution wegen der 100. Thaler, biß jetzo davon fälligen Zinſen und gemachten

Digitized by Google

Unkosten in des Capitains bereitestes Vermögen ohne Aufschub zu vollstrecken, und Intervenient die durch die Appellation verursachte Unkosten der Interventin zu erstatten schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Als Intervenientens Sohn von der Interventin wegen Schuld belanget worden, und die Sache fast zu Ende gewesen, so ist Intervenient eingekommen, und hat aus zweyen an ihn ausgestellten Obligationen ein Vorrecht vor die Klägerin gesuchet, auch so viel erhalten, daß in dem ertheilten Bescheide die Exsequution aufgeschoben, und Intervenienten, der Priorität halber mit der Klägerin zu verfahren, verstattet worden. Als aber dieser Bescheid das Capital der 100. Thaler hiervon ausnimmt, und die Intervention wegen dessen vor unstatthaft erkennet, so hat Intervenient deshalben Appellation eingewandt, und zu deren Behuf unter andern angeführet, er gehe mit den zu Erkaufung des Viches hergeliehenen 1000. Thalern der Klägerin vor. Alldieweil aber Klägerin ihrer Foderungen halber, noch ehe sich Intervenient gemeldet, die Exsequution erhalten, diese Exsequution auch würklich vollstrecket, und der Effect davon von dem Beklagten durch seine Widerspenstigkeit, welche ja der Klägerin nicht schaden, noch sie an Erlangung des iuris realis hindern können, aufgehalten worden, folglich der Klägerin von dieser Zeit an ein gerichtliches Unterpfand zustehet, womit sie allen aussergerichtlichen Verpfändungen, also auch des Intervenientens seiner, vorgehet, hiernächst Intervenient die Sache schon zu weit kommen lassen, und sich, wie er wohl gekonnt, nicht eher gemeldet, demnach durch sein eigenes Versehen die prærogativ, im Fall er ja einige gehabt, nach vollstreckter Exsequution verlohren, ferner starke Vermuthung vorhanden, es sey diese Intervention mit dem Schuldner selbst verabredet, und lediglich, um ihn von der Exsequution zu befreyen, angestellet worden; So haben wir, der eingewandten Appellation ungeachtet, den Bescheid bestätiget, und den Intervenienten auch in die Unkosten vertheilet.

SPE-

SPECIMEN CCCCLXXVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

VENDITIONE SVB HASTA.

I.

Peracta subhastatione, & reperto meliore emtore, adiudicatio non statim facienda, sed novus ei dies præfigendus est.

II.

In die adiudicationis nova licitatio, etsi pinguissima, non admittitur.

III.

Admittuntur tamen illi, qui ius protimeseos vel retractus habent.

IV.

Sed nec hi audiuntur tunc, quando ius eorum maxime illiquidum est.

Postquam, peractis subhastationis solemnibus, pinguior licitator repertus est, magistratus confestim ei rem addicere potest. Sed receptum est in plerisque iudiciis, ut adiudicatio hæc differatur, atque dies novus eidem præfigatur. Id quod in Electoratu Saxoniæ etiam fit, quemadmodum aus der erläuterten *Proceß*-Ordnung *tit.* 39. §. 16. 17. apparet. Optimo consilio. Adiudicatio enim hæc est traditio publica, atque dominium in emtorem transfert; igitur ex parte huius paratam pecuniam poscit. Licitator vero, quamdiu incertus fuit, an

ipſe ab aliis vinceretur, non potuit parare ac in promtu habere pecuniam. Ergo terminus adiudicationis, quem vocant, ad hoc ipſum conſtituitur, ut pinguior licitator certior iam factus, ſibi neminem prælatum iri, neceſſariam pecuniam circumſpicere & parare queat. Ex quibus conſequitur, in die adiudicationis novum licitatorem audiri non debere, quamvis duplum eius, quod alter licitatus eſt, offerat. Vide *Martini proceſſum tit.* 39. §. 11. *n.* 188. Sed quid dicendum, ſi quis ſuperveniat, cui ius protimeſeos aut retractus competit? Hunc ante adiudicationem admitto, ſed non aliter tamen, quam ſi ius eius manifeſtum ſit. Itaque ſi id litigioſum eſt maxime, repellendum eum puto, ne nova lis iudicium turbet, &, quod ſemper fere accidere videmus, creditorum exſpectationem cum infinito horum damno in longos annos differat. Neque iniuria ſic fit retrahenti, quippe qui ſibi imputare debet, quod tempore, & dum res integra eſſet, non venerit, ac ius ſuum obſcurum in lucem protulerit. Exemplum eſto in creditore, quem *lex* 16. *de Rebus auctoritate iudicis poſſid.* extraneo emtori præfert. Sed fac, ius crediti, quod obtendit, dubium eſſe maxime, nec ex actis apparere, atque a ceteris creditoribus negari. Repellendus erit, ne, ut Iuſtinianus in §. *ult. I. de Exceptionibus* ait, dum de his altercatur, ipſius negotii diſceptatio proteletur. Sic menſe Novembri anni CIↃ IↃ CC XXVII. iudicavimus: Daß Appellante bey dem ihm adiudicirten Guthe zu schützen. V. R. W. Rat. dec. Es gewinnet zwar das Ansehen, ob sey mit Aufhebung der geschehenen Adiudication eine neue Subhastation vorzunehmen, in Erwegung, daß der Subhastations-Proceſs selbst bey recht scharfer Untersuchung freylich einige Mängel zu haben scheinet, ingleichen der Appellant Schmidt, als ein Gläubiger, den Vorzug vor einem auswärtigen Käufer gehabt, mithin, so lange die Adiudication nicht geschehen, jederzeit nicht einmal mehr, sondern nur

eben

eben so viel, als der Appellat, zu bieten berechtiget gewesen. Alldieweil aber die Haupt-Requisita bey der Subhastation in acht genommen worden, ferner der Appellant Schmidt sich noch nicht einmal als einen Gläubiger legitimiret, zudem sein ius offerendi eher exerciren sollen und können, also die Schuld ihm selber beymessen muß, daß sein Geboth nicht angenommen worden, weiter der Adiudications-Termin nicht zu dem Ende angesetzet wird, damit neue Gebothe geschehen sollen, sondern, daß der, so zuletzt das höchste Geboth gethan, jedoch damalen wegen Ungewißheit sich noch nicht auf baar Geld schicken können, nach nunmehr erhaltenen gewissen Versicherung, wie ihm weiter keiner vortreten dürfe, die nöthige Anstalt zur Zahlung und Annehmung des Guths machen möge, endlich eine unaussprechliche Confusion und weitläuftiger Procels, zum Nachtheil der sämmtlichen Interessenten und aller Gläubiger, erfolgen würde, wenn bey der neuen Subhastation ein besserer Käufer sich fände, und Appellat, der propter auctoritatem iudicis in bona fide ist, *L.* 137. *de Regulis iuris*, seiner vielen Meliorationen halber das ius retentionis excerciren, und zuforderst deren richtige Untersuchung, Determination und Erstattung fodern würde; So haben wir Appellaten bey dem Guthe geschützet.

V.

Ius protimeseos creditori in sola subhastatione competit, non etiam quando bona debitoris privatim venduntur.

VI.

Inter plures creditores licitantes is, qui potior est, ei, cui maior summa debetur, præfertur.

Quum bona veneunt debitoris, potiorem haberi creditorem Caius in *L.* 16. *de Rebus auctoritate iud. possid.* ait. Idem in *L.* 2. C. *Si in caussa iudicati* confirmatur. At-

Digitized by Google

que hoc ius in sola venditione sub hasta, non etiam in privata & extraiudiciali, locum habere, ostendi in *Specimine CXCVI. de Retractibus ceteris, medit. ult.* Sed accidit nonnunquam, ut plures creditores in licitatione concurrant, atque singuli se præferri flagitent. Tum vero Caius eum, cui maior pecunia debetur, potiorem esse iubet. Verum fallit hoc aliquando. Fac enim, uxorem illata sua repetentem cum alio creditore maiorem longe summam, sed inferiore loco, poscente concurrere, ac utrumque sibi ius protimeseos adscribere. Si id posteriori huic tribuas, ages quidem secundum verba *supra memoratæ legis* 16. at profecto contra mentem ICti, qui creditorem, cui maior summa debetur, ex hac ratione prætulit, quod is iam tum in maximam pretii partem ius habeat. Tale ius autem non habet, quando alius adest, qui minorem summam primo loco poscit, & alterum cum nomine suo ampliore verosimiliter exclusurus est. Quare nos mense Octobri anni CIƆ IƆ CCXXVI. missis legis verbis, eius sententiam sequuti anteriorem creditorem ei, cui maior summa debebatur, prætulimus. Es beantwortet sich die vierte Frage von selbst, daß nemlich die Frau Generalin vom Hoym mit ihrer Foderung den ein stillschweigendes Unterpfand cum iure prælationis habenden Illatis der Frau Obristin nachstehen müsse. Gleicher Gestalt findet auch die fünfte Frage kein weiteres Bedenken. Denn ob gleich bey Verkaufung eines im Concurse befangenen Guthes derjenige Gläubiger, welcher die stärkste Foderung hat, den Vorkauf prætendiren kann, demnach die Frau Generalin, im Fall es bey dem gesprochenen Classifications-Urtheile verbleibe, dergleichen ebenfalls zu fodern vermöchte; So haben wir doch in antecedentibus gezeiget, daß der Frau Obristin Foderung der Hoymischen vorgehe.

VII.

VII.

Subhastatio propter debitum ex parte illiquidum fieri potest.

Equidem ob debitum illiquidum nec exsequutio nec subhastatio permittitur. Verum debitum illiquidum dici nequit, cuius pars illiquida, pars vero liquida est. Illiquidum enim liquido præiudicium facere, & exsequutionem eius morari non debet, *L.* 21. *de Rebus creditis*, *c.* 37. *de Regulis iur. in* 6. Et pertinet ad iudicis officium separanda separare, & de diversis diversimode iudicare. Huc pertinent, quæ supra in *Specimine CCLXXVI. de Instrumento guarentigiato*, *medit.* 3. dixi. Sic itaque mense Decembri anni CIↃIↃCCXXV. iudicavimus: Daß Kläger bey dem Besitze des erstandenen Hauses zu schützen. V. R. W. Rat. dec. Die Haupt-Frage ist, ob die erkannte Subhastation und erfolgte Adiudication des Beinertschen Hauses an Klägern beständig sey? Beklagter verneinet es unter dem Vorwande, daß nicht einmal jetzo, geschweige damalen, ein vollständiges liquidum der von Klägern gemachten sämmtlichen Foderungen vorhanden, mithin die geschehene Subhastation offenbar null und nichtig sey. Alldieweil aber des Klägers Foderungen in unterschiedenen Posten bestanden, und derselben gröster Theil völlig liquid gewesen, folglich die Subhastation nur blos wegen selbiger, wenn gleich die illiquide Posten ganz abgegangen wären, geschehen können; So bleibet die Subhastation und Adiudication sonder Zweifel bey Kräften.

VIII.

Subhastatio invalida per hoc, quod debitor eam postea facto ipso adprobavit, convalescit.

Permittunt iura nostra venditionem prædii sub hasta factam, siquidem legitimus ordo servatus non fuit, rescindi, atque emtorem, ut rem reddat, cogi, *L.* 4. *C. Si venditio*

venditio pignore agatur, *L.* 1. *C. de Fide & iure hastæ fisc.* Constitutum hoc est in gratiam debitoris, qui tamen favori huic suo renunciare atque venditionem, quamvis illegitimam & irritam, ratam habere potest. Fit hoc non solum expresse, sed & tacite, eiusmodi scilicet facto, quo emtorem dominum rei agnoscit, e. g. si prædium emtum ab eo conducat. Rem suam enim conducere nemo potest, *L.* 9. §. *ult. Locati*, *L.* 20 *C. de Locato.* Vide, quæ in simili casu dixi in *Specimine CCCXLV. de Modis, quibus alienatio rerum pupillarium invalida convalescit, medit.* 6. Sic mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XXV. iudicavimus ex his rationibus: Weil Beklagter die Veräusserung des Hauses an Klägern nachgehends facto ipso genehm gehalten, und Klägern, indem er ihm 6. Thaler Hausmiethe zu geben versprochen, vor den Eigenthums-Herrn erkannt; So bleibet die Subhastation und Adiudication sonder Zweifel bey Kräften

IX.

Debitor prædium suum publice & solemniter secundum præscripta legis sub hasta venditum & adiudicatum revocare nequit, quamvis nomen, propter quod subhastatio facta, deinde falsum aut iniustum fuisse appareat.

X.

Habebit tamen debitor contra falsum aut iniustum creditorem, ad cuius preces subhastatio facta, actionem ad interesse.

Theses has optime illustrabit responsum a ICtis Vitembergensibus mense Ian. anni CIↃ IↃ CC XXX. exaratum: Hat derselbe verwilliget, daß seine Ehe-Frau ein Darlehn von 1200. Thl. gegen Cession der ihr an seinem Hause zugestandenen Foderung von 1718. Thlr. aufnehmen möchte, auch zu solchem Ende ein Blanquet ausgestellet, vermöge dessen die Cession an Bonifacium

gericht!.

gerichtl. geschehen, dieser hingegen 1000. Thaler vorzuschiessen versprochen, gleichwol statt baaren Geldes einige inexigible Wechsel-Briefe, zu denen er sich nicht einmal legitimiren können, heraus gegeben, und nichts desto weniger aus der Cession eine Hypothecarien-Klage auf das Haus erhoben, und bis zur Exsequution, Immission und Subhastation durchgetrieben, ja denselben endlich gar in einen formalen Concursum creditorum gestürzet. Nachdem er nun einen Schaden von mehr als 5000. Thlr. erlitten, so will er anfänglich des Rechten belehret seyn, ob die um der Bonifacischen unbeständigen Cessions-Post willen verhängte Subhastation seines Hauses pro spoliativa zu erklären, mithin dieselbe nebst der Adiudication zu retractiren sey? Wenn nun gleich solches zu behaupten angeführet wird, die an Bonifacium geschehene Cession sey dolo elicita, also null und nichtig, folglich falle das ganze Fundament, worauf die Exsequution, Immission, Subhastation und Adiudication des Hauses gebauet worden, hinweg, und könnten also auch diese actus ohnmöglich bestehen, sondern müsten gleich der Cession selber üben den Hausen gehen und retractiret werden. Alldieweil aber einem tertio, der das Haus bona fide sub hasta erstanden, zu keinem Nachtheil gereichen kann, daß derselbe und seine Ehe-Frau sich bey der mit dem Bonifacio getroffenen Cession nicht besser vorgesehen, sondern ihnen, statt baaren Geldes, untüchtige Wechsel-Briefe aufdringen lassen, ferner die Obrigkeit viel gedachte Cession, nach vorher gegangener caussæ cognition vor gültig erkannt, und daraus Exsequution, Immission, Subhastation und Adiudication verhänget, also dieses Rechtskräftige Erkänntniß nunmehr pro veritate anzusehen ist, und an sich weiter nicht gefochten werden kann, überdies favor und fides hastæ publicæ darzu kömmt, welche der gemeinen Sicherheit halber nach Möglichkeit aufrecht erhalten, und dagegen keine Restitution in integrum zugelassen werden muß, per *L. 5. C. de Fide & iure hastæ fiscalis*, indem sonst niemand ein Guth publice zu erstehen wagen würde, wenn er zu

befürchten hätte, es werde über kurz oder lang die zum Grunde der Subhastation gesetzte Schuld-Verschreibung angefochten, ungültig erkläret, und die darauf gebauete Subhastation und Adiudication ganz zernichtet werden; So ist die um der Bonifacischen unbeständigen Cessions-Post willen verhängte Subhastation des Hauses pro spoliativa nicht zu achten, und deshalb die ganze Subhastation und Adiudication nicht zu retractiren. Doch ist der Herr den Bonifacium deshalb, daß dieser aus der mit seiner Frauen errichteten Cession des Herrn Haus ad hastam, und ihn selbst zum Concurs gebracht, auf Erstattung aller ihm dadurch zugezogenen Schäden und Unkosten zu belangen wohl berechtiget.

COROLLARIA.

1. In re, quæ sub hasta venditur, servanda sunt omnia pacta, quæ debitor ante creditorum concursum bona fide circa eam iniit, *L. 8. §. 1. de Rebus auctoritate iudicis.* Errant igitur *Corpzovius P. 2. C. 33. def. 3. & Philippi de Subhastationibus cap. 4. comm. 12. n. 33.* existimantes, in concursu creditorum rem, in qua alteri ius protimeseos pacto promissum, certumque pretium statutum est, sub hasta tamen, quanti plurimi possit, vendi, nec fidem pacti servari oportere.

2. Contra subhastationem legitime factam minori restitutio in integrum denegatur in *L. 5. C. de Fide & iure hastæ fiscalis.* Et est tamen, quod miror, communis sententia in contrarium. Credo, dissentientes *istam L. 5.* nunquam vidisse. Certe *Philippi de Subhastationibus cap. 4. commate 23* in quo de restitutione in integrum contra subhastationem copiose agit, nullam eius legis mentionem facit. Ego tamen istam legem optimam & securitati fideique publicæ convenientissimam ac ideo merito servandam puto.

3. Ex verbis *modo dictæ L. 5. C. de Fide & iure hastæ fisc.* satis apparet, augustos omni restitutioni in integrum contra subhastationem locum denegare. Ergo nec absens reipublicæ caussa audiendus est.

Contra-

Digitized by Google

Contrarium quidem respondisse videntur ICti Vitembergenses supra in *Specimine LXIII. de Absentibus, med. 3.* Sed in eo responso de subhastatione vitiosa principalis quæstio erat.

Corollaria ex *Specimine CCXXXVI. de Subhastatione hypothecas exstinguente* desumta:

4. Per subhastationem legitime factam & sequutam adiudicationem hypothecæ exstinguuntur.

5. In subhastatione olim facta, etsi de circumstantiis eius certo non constet, omnia legitime gesta & necessaria solemnia observata præsumuntur.

6. Per subhastationem & adiudicationem etiam ius retentionis, quod creditor ante habuit, exspirat.

7. Emtore pretium non solvente, hypothecæ etiam post subhastationem & adiudicationem salvæ manent.

8. Quum contra emtorem sub hasta, qui pretium non solvit, iterum concursus creditorum excitatur, creditores, quotquot ex primo concursu restant, creditoribus emtoris præferuntur.

9. Hoc ius separationis etiam creditoribus chirographariis contra hypothecarios prodest.

10. Per subhastationem onera ipsi rei perpetuo inhærentia non exstinguuntur.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXXVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

CONCVRSV CREDITORVM IN GENERE

PVBLICE CVM ALIQVOT SEQVENTIBVS DEFENSVM

A

IO. MELCH. HOFMEISTERO

HILDESIENSI, IVRIVM D.

D. XXII. DECEMBR. CIↃ IↃ CC XXVIII.

I.

Concursus creditorum vox nova, res ipsa antiqua est.

Nova loquendi forma & priscis auctoribus incognita est: *concursum creditorum pati*; res ipsa vero antiquissima, & a primis saeculis ad nostra usque tempora semper frequentata. Latini auctores varie hoc efferunt, & modo *decoquere*, modo *non solvendo fieri*, modo *foro cedere*, modo *bonis cedere*, dicunt. Istae tamen voces rem totam non exhauriunt. Magis mihi placet verbum *conturbare*, quo *Cicero pro Plancio cap.* 28. in hac ipsa significatione utitur: *Fac*, inquiens, *me multis debere, & in iis Plancio; utrum igitur me conturbare oportet?* & *Martialis* in isto famoso *epigrammate* 4. *l.* 9. quo ego adulatorium magis conditum unquam fuisse aut condi posse non credo:

Quam-

Digitized by Google

Quantum iam ſuperis, Cæſar, cæloque dediſti,
Si repetas, & ſi creditor eſſe velis;
Grandis in ætherio licet auctio fiat olympo,
Coganturque dei vendere, quidquid habent:
Conturbabit Atlas, & non erit unica tota,
Decidat tecum qua pater ipſe deum.
Exſpectes & ſuſtineas, Auguſte, neceſſe eſt:
Nam tibi, quod ſolvat, non habet arca Iovis.

In quo epigrammate Cæſar quidem unicus creditor memoratur, ſed plura deinde nomina, quibus cælum ei obligatum ſit, enumerantur. Adde *L.* 5. §. 9. *de Inſtitor. act.* & *L.* 16. *de in rem verſo.* Subintelligunt communiter ſub hac voce rationes. Ego vero nomina ipſa & credita ſubintelligo, quæ, dum foro cedit obæratus debitor, etſi rationes nunquam confecerit, confunduntur & conturbantur. Verum vox iſta conturbare nunc fere ignota a pragmaticis vix intelligetur. Malumus igitur cum vulgo loqui, etſi lubenter fateamur, nomen concurſus creditorum in corpore iuris non reperiri, niſi forſan huc trahas *L.* 7. §. 1. *Qui potiores in pignore*, ubi duo creditores in pignore concurrere dicuntur.

II.

Concurſus creditorum infamiam apud Romanos nunquam irrogavit, ſed ſaltem levis notæ maculam, quæ omnia adhuc eadem ſunt.

Concurſum creditorum pati, turpe apud Romanos fuiſſe, nemo eſt, qui ignorat. Notus eſt §. 1. *I. Qui & ex quibus cauſſis manumittere*, ubi & defunctus, cuius res hereditarias creditores vendunt, iniuria adfici dicitur. Ad quem §. aliqui ex commentatoribus: Hodie, inquiunt, ignominioſum hoc amplius non habetur. At enim vero non eſt, ut hic diſcrimen inter ius Romanum & uſum hodiernum

Digitized by Google

conſtituatur. Omnia adhuc eadem ſunt, uti tunc fuerunt. Nempe iſta bonorum poſſeſſio & venditio infamiam proprie dictam nunquam irrogavit, nec apud Romanos quidem, ut ex *L.* 11. *C. Ex quibus cauſſis infamia* luculenter patet. Saltem exiſtimationi eius, cuius bona ſic veniebant, macula aliqua adſpergebatur. Ea inter graves honeſtosque viros luctuoſiſſima, atque, ſi Ciceroni credimus, morte ipſa atrocior habebatur. Memorabilis eſt locus apud *Ciceronem in orat. pro Quintio cap.* 15. *Cuius bona venierunt; cuius non modo fortunæ, ſed etiam victus veſtitusque neceſſarius ſub præcone cum dedecore ſubiectus eſt, is non modo ex numero vivorum exturbatur, ſed, ſi fieri poteſt, infra etiam mortuos mandatur. Et enim mors honeſta ſæpe vitam quoque turpem exornat: vita turpis ne morti quidem honeſtæ locum relinquit. Ergo hercule, cuius bona ex edicto poſſidentur, huius omnis fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur: de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur, huic ne perire quidem certe tacite obſcureque conceditur, cui magiſtri fiunt, & domini conſtituuntur, qui, qua lege & qua conditione pereat, pronuncient: de quo homine præconis vox prædicat, & pretium conficit, huic acerbiſſimum vivo videntique funus indicitur, ſi funus id habendum ſit, quo non amici conveniunt ad exequias cohoneſtandas, ſed bonorum emtores, ut carnifices, ad reliquias vitæ lacerandas & diſtrahendas.* Diriſſima verba, & diriora longe, quam veritas poſcit. Mirifice ad hunc locum *Græviu*s: *Equidem*, inquit, *hæc ſententia, ſi ſic ſcripſit Cicero, ut ſcripſiſſe videtur, Cicerone indigna eſt, quæ magis conveniat declamatori inanes acuminum fumos captanti, quam diſertiſſimo Romuli nepotum. Quomodo enim mors honeſta poteſt vitam exornare turpem, ſi vita turpis non relinquit locum honeſtæ morti, hoc eſt, ſi, qui turpiter vixit, nullo modo poteſt honeſte mori? Num turpius vivit, cuius bona poſſidentur ex edicto, quam qui in ſtupris, popinis, & aliis flagitiis ætatem conſumit? Si is poteſt*

honeſta

honesta morte turpitudinem delere, cur non & cuius bona possidentur? Est sane hic inanis sententia, verborum strepitus. Talia nonnunquam excidisse Tullio, sui quasi immemori, veteres iam observarunt. Et profecto, qui aliquot annis post Ciceronem scripsit, *Iuvenalis in Satyra II.* homines suo tempore istam maculam æquo admodum animo tulisse, testatur:

Cedere namque foro, iam non est deterius, quam
Esquilias a ferventi migrare suburra.
Ille dolor solus patriam fugientibus, illa
Mœstitia est, caruisse anno Circensibus uno.
Sanguinis in facie non hæret gutta; morantur
Pauci ridiculum effugientem ex urbe pudorem.

Nihil cum moribus nostris magis convenit. Adhuc hodie is, qui concursum creditorum excitat & auctionem rerum suarum patitur, in ignominiosam vitam, ut Iustinianus in *Novella* 135. *pr.* loquitur, incidit, hoc est, pro homine integro, pro teste omni exceptione maiore non habetur, contracturus fidem facile non invenit, ac nonnunquam digito a plebecula monstratur. Novi ipse exemplum, ubi pater inter caussas, ob quas filiæ suæ nuptias facere volenti consensum denegabat, hanc præcipuam in Consistorio allegabat, quod pater sponsi concursum creditorum passus existimationem suam graviter læsisset. Ista tamen macula homines a consortio aliorum, a conviviis, a muneribus etiam publicis non arcet.

III.

Concursus creditorum describitur. Is etiam sine debitore communi & contradictore esse potest.

In definiendo concursu creditorum laborant multi. Plerique, quos & pater meus, *Guil. Leyserus, in disputatione de Concursu & graduatione creditorum*, Vitembergæ anno 1670. habita, Lipsiæ anno 1706. recusa, *cap.* 1 §. 1. sequitur, concur-

concurſum creditorum definiunt univerſale inter creditores & eorum debitorem communem coram eiusdem iudice competente inſtitutum iudicium. Quæ definitio ſat bona eſſet, ſi modo auctor eius verba: *& eorum debitorem communem;* omiſiſſet. Poterit quippe concurſus creditorum eſſe, quamvis debitor communis diu ante vel morte abreptus vel fuga elapſus, nec alius conſtitutus ſit, qui vice eius creditoribus reſpondeat. Ipſe aliquot exempla novi, quibus creditores, mortuo vel abſente debitore, conſurrexerunt, nulloque conſtituto contradictore, quod id ſumtuoſum nimis eſſe viderent, ipſi inter ſe diſputarunt, atque deinde a iudice, ut par erat, collocati ſunt. Fit hoc nonnunquam in ipſo Saxoniæ electoratu, in quo tamen die erläuterte *Proceſs*-Ordnung *tit.* 41. §. 1. curatorem bonorum confeſtim a iudice ex officio conſtitui iubet. Miſſa ad me fuerunt ante duos menſes acta, in quibus creditores, mortuo communi debitore, cum liberis eius impuberibus, qui tamen ipſi ſeſe hereditate abdicarant & nomen inter creditores profeſſi erant, ſuper liquido & prioritate diſputarunt. De curatore litis conſtituendo nemo cogitarat. Hæſi ergo ab initio credidique, officii mei eſſe, ut acta remitterem ac ante omnia curatorem deſignari præciperem. At quum tenuiſſimas, quas debitor reliquerat, facultates computarem, atque has alendo curatori impares viderem, mutavi ſententiam, & ſic reſpondi: Weil die allzugeringe Maſſa bonorum einen curatorem litis zu beſolden nicht hinreichet, und die Gläubiger bereits mit der verſtorbenen Schuldnere Kindern-Curatoribus ſuper liquido und prioritate verfahren, ſo werden ſie in folgender Ordnung befriediget ꝛc. Im übrigen wird nunmehr mit der Auction und Subhaſtation ohne Zeit-Verluſt, nach Maaßgebung der erläuterten *Proceſs*-Ordnung *tit.* 39. §. 9. und 11. ingleichen *tit.* 41. §. 1. verfahren. Igitur ego concurſum creditorum ſimplicius cum Vlpiano in L. 15. *pr. de Rebus auctoritate*

auctoritate iudicis deſcribo, quando plures creditores in poſſeſſionem rerum debitoris mittuntur.

IV.

Concurſus creditorum eſt vel univerſalis vel particularis.

V.

Vniverſalis ex die edictalis citationis initium accipit.

VI.

Particularis, ex quo plures creditores agere cæperunt.

VII.

In effectu hoc intereſt, quod ſolutio vel pignoratio poſt concurſum univerſalem facta ab omnibus, poſt particularem ab his ſaltem, qui actionem inſtituerunt, revocari poſſit.

Ex quo tempore concurſus creditorum initium ſumat, quæſtio eſt maximi momenti, ſed etiam maxime controverſa. Alii hoc initium ad ceſſionem bonorum referunt, atque ſine hac concurſum dici poſſe negant cum *Salgado de Somoza in Labyrintho creditorum P. 1. cap. 4. §. 1.* Verum quum hæc ceſſio ſæpe omittatur, aliud initium, quod omni concurſui conveniat, quærendum eſt. *Guil. Leyſerus in diſſert. ſupra memorata* §. 2. principium concurſus eſſe dicit vel debitoris vel creditorum pro formando concurſu inſtantiam & petitionem. At nonnunquam iudex concurſum, etſi nemo eum efflagitet, ex officio, ſi quidem opus eſſe videt, decernit. *Bœnigke in Practica practicata cap.* 38. initium concurſus creditorum in curatoris bonorum conſtitutione ponit. Sed curatore bonorum carere aliquando poſſunt creditores, qui vel debitori ipſi, vel uxori eius, vel magiſtratui cuſtodiam & adminiſtrationem bonorum permittunt. Simplicius *Gribnerus in Principiis proceſſus iudiciarii lib. 2. cap.* 9. §. 1. *Oritur*, inquit, *concurſus creditorum, quoties plures creditores ab eodem debitore ſolutionem urgent.* Denique plurimi cum *Ludovici* in der Einleitung zum *Concurs-Proceſſe cap.* 1. §. 14. edictali creditorum citatione concurſum inchoari

aiunt.

Digitized by Google

aiunt. Quibus ego etiam accedo. Scilicet creditorum iudicium universale est, & universales producit effectus. Inducit nempe litis pendentiam, trahit ad se caussas omnes, impedit solutionem vel oppignorationem inposterum, impedit exsequutiones & arresta, operatur bonorum inter creditores communionem &c. Necesse itaque est, ut actus universalis fundamenti loco ponatur. Is vero citatio esse debet, quippe quæ omnium iudiciorum fons & origo est. Ante istam citationem concursus creditorum existit etiam aliquando, dum scilicet plures solutionem vel a debitore vel ex bonis eius in iudicio flagitant. At ista cumulatio actionum universale iudicium non erit, nec universales illos effectus, de quibusdixi, gignet. Quare & *Salgado loco alleg. n.* 31. *&* 32. negat id iudicium concursum creditorum vocari posse, sed ipse id litem creditorum appellat. Verum hæc subtilitas in logomachiam incidit. Nam ipse fatetur, hanc quam vocat, litem creditorum quod ad istos, qui consurrexerunt, creditores idem, quod universalis concursus ratione omnium operatur, operari. Nec negari hoc potest. Commemorabo exemplum. Debitor quidam obæratus ab aliquot creditoribus conventus uni ex his plene & quod ad sortem & quod ad usuras satisfecerat. Tum alius creditor, qui iura potiora habebat, contra hunc agebat, negabat, orto concursu, uni ex creditoribus gratificari posse, igitur repetebat, quod hic accepisset. Hic vero respondebat, concursum creditorum nondum motum, nec citationem edictalem unquam decretam fuisse, se igitur vigilasse, &, re integra, solutionem obtinuisse, atque adeo actori ius agendi contra se non esse, sed posse illum, si velit, concursum creditorum excitare. Actis ad ICtos Helmstadienses mense Iulio anni CIƆ IƆ CCXX. delatis, hi condemnarunt reum, ut actori, quod accepisset, redderet. Etsi enim concursus solemnis & universalis motus nunquam fuisset, isti tamen, qui

Digitized by Google

qui ſimul contra debitorem egerant, creditores inter ſe particularem ſaltem concurſum excitarant, qui quod ad ipſos iisdem cum concurſu univerſali effectibus gaudebat, inter quos præcipuus eſt, ut uni ſolutio per gratificationem fieri non poſſit, *L. 6. §. 2. de Rebus auctoritate iudicis. Brunnem. ad. L. 6. Quæ in fraudem credit. n. 12.* Datur itaque repetitio ei, qui paria iura habet, pro rata, ei vero, qui potiora, in ſolidum. Adnectam rationes decidendi: Beklagter beſchweret ſich hauptſächlich darüber, daß ihm die Einlaſſung auf die Klage zuerkannt worden, da doch Kläger gegen ihn weder ex contractu noch delicto einen Anſpruch habe, auch nicht geſaget werden könne, daß er, Beklagter, aus der Generalin von dem Buſche, welche dazumal in keinem Concurſe befangen geweſen, Dotal-Geldern an Intereſſen zu viel gehoben, überdies, und wenn ſolches gleich geſchehen, Klägern doch zufoderſt obliege, eine richtige maſſam bonorum beſtellen zu laſſen, und daraus ſeine Befriedigung zu ſuchen. Alldieweil aber die meiſte Obligationes und Actiones ſich nicht eben in contractu und delicto, ſondern in der Billigkeit gründen, hiernächſt ein Concurs-Proceſs ſo fort anfängt, wenn die Gläubiger einer nach dem andern aufwachen, auch ohnedem bekannten Rechtens, daß, ungeachtet noch kein formaler Concurs entſtanden, gleichwol, wenn ſich bereits mehr Gläubiger angegeben, und ihre Zahlung ſuchen, welches allhier in Anſehung der Generalin ſonder Zweifel geſchehen, einem Gläubiger vor andern nicht gratificiret werden könne, und denn bey ſolcher Bewandniß Beklagter die völligen Zinſen zum Nachtheil der übrigen Gläubiger, inſonderheit des Klägers, zu heben nicht befugt geweſen, weiter Kläger, deſſen Recht gegen Beklagten ziemlich deutlich hervor ſcheinet, nicht ſchuldig iſt, ſich an ungewiſſe und illiquide Dinge weiſen zu laſſen, ſondern dieſes vielmehr dem Beklagten überläſſet; So haben wir keine Urſach gefunden, von vorigem Urthel abzugehen.

VIII.

Concursus universalis lites etiam alibi pendentes ad forum suum trahit.

IX.

Concursus particularis litis pendentiam non turbat.

Inter præcipuos concursus creditorum effectus & hic est, quod per eum lites alibi pendentes ad forum concursus trahantur. Qua de re etsi legem claram non habeamus, habemus tamen generalem rationem legum, quæ caussas connexas, & quæ separari invicem sine confusione & dispendio nequeunt, coniunctim in uno iudicio tractari iubent. Vide textus larga manu collectos a *Salgado in Labyrintho creditorum P.* 1. *cap.* 4. *n.* 15. & inter hos præcipue *L.* 11. §. 1. *de Iurisdictione* & *L.* 8. §. 1. *de Liberali caussa.* Nec necessarium esse puto, quod idem *Salgado in sq. cap.* 5. atque ex eo *Ludovici* in der Einleitung zum *Concurs-Process cap.* 1. §. 4. suggerunt, ut iudex concursus per inhibitionem & literas requisitoriales licet coram diversis iudicibus pendentes ad se trahat. Sufficit sola edictalis citatio ad omnes creditores directa. Hæc omnes confestim processus alios sistit, efficitque, ut quidquid postea in aliis iudiciis actum fuit, nullum sit. Ex his tamen, quæ dixi, patet, non per quemlibet concursum caussas alibi pendentes ad forum commune trahi, sed per universalem saltem, qui per edictalem citationem inchoatur. Particularis ergo, etsi a maxima creditorum parte motus, litis pendentiam non interrumpit, verum hi, qui alibi actiones instituerunt, eas ibi secure continuant; & omnia, quæ pendente in alio iudicio concursu gesserunt, rata sunt, atque contra hos ipsos creditores, qui concursum particularem excitarunt, valent. Sic ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXVIII. iudicarunt: Daß die Mit-Appellantin mit dem ihr aufgelegten Beweise zu verschonen. V. R. W. Rat dec. Die zweyte Appel-

Appellation hat Anna Margaretha Balckin eingewendet, und sich darüber beschweret, daß ihr, ihr Mutter-Guth besser zu erweisen, auferleget worden. Nun wird ihr zwar vorgeworfen, daß der zum Grunde ihrer Foderung gesetzte Cammer-Gerichts-Abschied in einer fremden Provinz, und zwar wider eine andere Person, nemlich Hoppen, gegeben worden, demnach den Hoppischen Gläubigern keinen Nachtheil bringen könne, da zumal um selbige Zeit der Concurs in Cüstrin schon erhoben gewesen. Alldieweil aber der Concurs die Person des entwichenen Schuldeners repræsentiret, also dessen vorige facta genehm halten muß, und denn Appellantin wegen ihres Muter-Guths schon anno 1712. mit ihm in Procešs gewesen, solchen auch daselbst, wo er einmal angefangen worden, nothwendig fortsetzen und zu Ende bringen müssen, indem der entstandene Concurs die Litis pendenz nicht aufgehoben, bey welcher Bewandniß der obangeführte Abschied weder pro re aliena & inter alios acta, noch das Cammer-Gerichte pro iudice alieno zu achten ist; So haben wir die Appellantin mit dem ihr auferlegten Beweise verschonet.

X.

In concursu creditorum, si de contractu ipso eiusque solemnibus, iura fori contractus, si de collatione creditorum, iura fori concursus spectantur.

In collatione creditorum iura fori concursus, non contractus, spectanda esse, existimo. Cui thesi maxime obstare videtur, quod iura nostra & ICti generaliter in controversiis de contractu iura loci, in quo contractus celebratus fuit, spectari iubent, *L. 6. de Evictionibus*. Ego vero hoc in concursu creditorum haud nego, sed admitto facile quod ad solemnia contractuum, & res ipsas in eos deductas. At ubi de collocatione creditorum inter se quæstio est, inextricabilis lis foret, si ad iura fori, in quo singuli contraxerunt, respiciendum esset. Quia enim hæc sæpe contraria sunt invicem, iudicem sibi ipsi in sententia

 subin-

ſubinde contradicere oporteret. Idem hic ergo faciendum, quod in appellatione, ubi iudex ſuperior ſecundum iura fori inferioris, a quo provocatum, iudicare, ſed, quod ad formam introductæ appellationis, iura ſui iudicii obſervare iubetur. Qua de re vide *Martini Proceſſum tit.* 10. §. 6. *n.* 571. & *Analecta forenſia ad h. l. p.* 460. *ſqq.* Quapropter ſic reſponderunt ICti Helmſtadienſes menſe Iunio anni CIↃ IↃ CC XXIII. Haben die Kaufleute Ployarts zu Behuf des von Cadix gekommenen und einigen Pariſiſchen Kaufleuten zugeſtandenen Schiffes, Philippus Quintus genannt, eine ſtarke Summa Geldes hergeſchoſſen. Als nun gedachtes Schiff in Hamburg verkaufet worden, und obgemeldte Ployarts die Kauf-Gelder auf ihre Foderung hinweg zu nehmen gemeynet, haben ſich des geweſenen Schiff-Lieutenants, Blanchet de Conne, Wittwe und der Schiff-Schreiber Ficquet dawider geſetzet, und es dahin gebracht, daß die Obrigkeit von ſolchen Kauf-Geldern 15000 Markl. ad depoſitum genommen. Entſtehet demnach die Frage: Ob des Schiff-Lieutenants Wittwe und der Schiff-Schreiber Ficquet ihres rückſtändigen Soldes halber einen Vorzug vor Klägern an den deponirten 15000. Marken behaupten können? Nun haben ſie zwar die Franzöſiche See-Ordonnancen, welche die Schiffs-Bediente mit ihrem Lohne allen andern Gläubigern vorziehen, vor ſich. Weil aber gegenwärtiger Concurs über die auß dem Schiffe Philippus Quintus gelöſete Gelder nicht in Frankreich, ſondern zu Hamburg geführet wird, alſo bey Collocirung der creditorum auf die Hamburgiſche und nicht auf die Franzöſiſche Rechte geſehen werden muß, und denn die Hamburgiſche Rechte den zu Erhaltung des Schiffs hergeſchoſſenen Koſten die erſte Stelle einräumen; So mögen des Lieutenants Wittwe und der Schreiber Ficquet, ihres rückſtändigen Soldes halber, keinen Vorzug an den deponirten 15000. Marken vor Klägern prætendiren.

COROL-

COROLLARIVM.

Pendente concurſu, uni ex creditoribus, cuius ius maxime liquidum & veriſimile apparet, ſuum etiam ante ſententiam definitivam, præſtita tamen cautione de reſtituendo, exſolvi poteſt. Vide *Specimen CLXXVII. de ſequeſtro, medit. 3.*

SPECIMEN CCCCLXXIX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

HIS, QVI IVRE DOMINII IN CONCVRSV CREDITORVM VENIVNT.

I.

Domini res ſuas ante concurſum repetunt.

II.

Duobus tamen caſibus concurſui immiſcentur, primo, quando ipſorum dominium illiquidum eſt, deinde quando ipſi concurſui ratione earum rerum obnoxii ſunt.

Ii, qui iure dominii res ſuas repetunt, ne ſunt quidem creditores, atque adeo extra & ante concurſum ſuum conſequuntur, nec quidquam illis nomine ſumtuum in concurſum factorum deduci poteſt, *L. 1. C. de Privilegio fiſci.* Adde die erläuterte Sächſiſche *Proceſs*-Ordnung *tit. 42. pr.* Duo tamen ſunt caſus, quibus concurſui ſe immiſcere,

miſcere, res ſuas adminiſtrationi curatoris bonorum relinquere, atque onera concurſus cum ceteris agnoſcere coguntur. Primus eſt, quando dominium, quod ſibi adſcribunt, illiquidum eſt, atque a creditoribus in dubium vocatur. Tunc enim rei vindicationem eos inſtituere oportet, quæ, ut omnes norunt, plurimas difficultates habet, & certe tantundem temporis, quantum aliæ creditorum actiones, deſiderat. Peccaret itaque iudex contra æquitatem, & continentiam cauſſarum adverſus *L.* 10. *C. de Iudiciis* divideret, ſi, quod uno eoque communi iudicio terminari poterat, ſeparatim diſceptari, atque ſic ſumtus litis, qui in concurſibus per ſe ſat magni eſſe ſolent, duplicari permitteret. Nec iniuria fit vindicanti per hoc, quod res eius cum aliis debitoris rebus commixtæ curatori bonorum committuntur. Nam vindicans, antequam dominium ſuum probavit, ſeu, ut *lex ult. C. de Rei vind.* loquitur, intentionem ſuam implevit, poſſeſſori rem auferre nequit. Poſſeſſoris vero vicem in concurſu ſuſtinet curator bonorum, qui & debitoris perſonam repræſentat. Pergo ad alterum caſum. Is eſt, quando dominium vindicantis quidem liquido apparet, ille tamen concurſui obligatus eſt, e. g. ex ſocietate, quæ ei forſan cum debitore interceſſit, ex fideiuſſione pro eo olim ſuſcepta, ex pignore, ob impenſas in rem reſtituendam factas, vel ex alio debito, quod creditoribus ius retentionis legitime tribuit. Rem exemplo illuſtrabo. Ortus erat poſt mortem debitoris obærati concurſus creditorum, atque magiſtratus de more bona ſequeſtrarat, & cuſtodiam eorum curatori commiſerat. Uxor defuncti per curatorem intercedebat, & dominam ſe eorum prædiorum, quæ immixta concurſui fuerant, perhibebat. Verum ex utroque, quod modo dixi, capite repulſam a ICtis Vitembergenſibus menſe Septembri anni CIↃ IↃ CCXI. tulit: Es hat Intervenient wider den Fortgang des über das Menzelische Vermögen erhobenen Concurses

curses protestiret, und will, daß hierinnen durchgehends übel verfahren, und seine Principalin vor allen Dingen in die sequestrirte Güther restituiret, und die Creditores zu Anstellung besonderer Klage gegen sie angewiesen werden müssen, behaupten. Seine fürnehmste Gründe bestehen darinnen, daß anfänglich der sequestrirte Bierhof und Cram-Laden seiner Principalin Eigenthum, und zu dem Vermögen ihres verstorbenen Mannes ganz nicht gehöre, hiernächst der Concurs nebst der Sequestration, ohne, daß sie mit Beystand eines Curatoris darein gewilliget, oder sonst genugsame Ursache darzu vorhanden gewesen, verstattet worden. Alldieweil aber die Gläubiger dem Intervenienten, daß der Bierhof und Cram-Laden seiner Principalin eigenthümlich gehöre, keinesweges zugestehen, folglich derselben, solches erst bey dem Concurse gebührend auszuführen, oblieget, überdies die Menzelin, laut der fol. 100. sqq. beygelegten Documenten, sich selbst mit in die gemeinschaftliche Handlung und Schuld-Sachen eingemischet, also der entstandene Concurs zugleich sie und ihr eigenes Vermögen angehet, ferner ein Concurs alsdenn, wenn mehr Gläubiger vorhanden, deren Forderungen liquid, und aus des Schuldeners Vermögen nicht bezahlet werden mögen, ganz wohl ohne einige andere Ursache auch wider des debitoris oder seiner Erben Willen angestellet werden kann; So haben wir, daß Intervenientens Suchen nicht statt habe, erkannt.

III.

Commodans rem commodatam extra concursum vindicat.

IV.

Tunc tamen, quum rem ad pignorandum commodavit, pecuniam ad luitionem necessariam restituit, eamque deinde ex concursu inter chirographarios repetit.

Inter eos, qui iure dominii præcipui veniunt, ſine dubio commodantes ſunt, arg. L. 8. & 9. *commodati.* Sæpe vero res debitori communi in eum finem commodantur, ut illas pro ſe pignori obliget. Equidem nec per hoc commodatum commodans dominio ſuo excidit. Vide *L. pen. C. de Commodato.* Agere igitur poteſt contra curatorem bonorum, ut res iſtas, ſi forte inter res debitoris exſtant, ſibi reddat. Attamen, quia pignoratio ipſius voluntate facta eſt, pecuniam ad luitionem pignoris neceſſariam ſuggerere tantiſper debet; quam deinde inter ceteros creditores actione commodati repetit, *L.* 5. §. 12. *Commodati.* Sed cum iſta actione in numerum chirographariorum reiicietur, quum iura dominii eo usque trahi non poſſint. Sic ICti Helmſtadienſes menſe Ianuario anni CIↃ IↃ CCXVIII. iudicarunt ex his rationibus: Das zweyte Gravamen iſt wider Wachtern gerichtet, und wird gegen ihn angeführet, es ſey ſeine erlangte Hypothec und Immiſſion neuerlich, hingegen vindicire die Stifferin ihre eigenthümliche Sachen, und habe ſolche ſo gar, vermöge Rechts-kräftigen Decreti, bereits erhalten. Allein wir laſſen ihr die bereits abgefolgete Pfande gerne zum voraus. Sie muß jedoch das darauf haftende Pfand-Geld, nachdem ſolche Pfande mit ihrem guten Willen verſetzet worden, ſonder Zweifel tragen, und kann ſelbiges nicht iure dominii, ſondern als eine ſchlechte chirographaria, wieder fodern.

V.

Reſervatio dominii in venditionibus usque ad pretii ſolutionem iuri Romano & moribus convenit.

Inter eos, qui extra concurſum iure dominii ſua repetunt, venire etiam ſolent venditores, qui, dum rem debitori olim vendiderunt & tradiderunt, ſimul dominium ſibi in ea reſervarunt. Reſervationem hanc dominii non ex iure Romano,

Romano, ſed ex moribus originem trahere, nec frequentatam apud Romanos fuiſſe, ait *Schilterus Exerc. ad Pand.* 30. §. 56. & 76. Et fateor lubenter, in iis, quas Schilterus ex iure Romano memorat, legibus, ſcilicet *L.* 33. *Locati*, *L.* 9. *de Servis exportandis*, *L.* 5. §. 17. *de Tributoria actione*, *L.* 3. *C. de Pactis inter emtorem* nihil de hoc pacto diſponi. Sed agitur profecto de eo in *L.* 21. *Locati* verbis: *convenit, ut, donec pecunia omnis perſolveretur, certa mercede emtor fundum conductum haberet*; & clarius adhuc in *L.* 1. *C. de Pactis inter emtorem* verbis: *ea lege prædium vendidiſti, ut, niſi intra certum tempus pretium fuiſſet exſolutum, dominium ad te pertineret.* Pergit quidem Schilterus, rationem iuris Romani, quo traditione rerum venditarum dominium transferatur, non nuda poſſeſſio, §. 40. *I. de Rerum diviſ.* hoc pactum vix admittere. Ego vero, quid Schilterus hic velit, non intelligo. Falſum eſt aperte, ſola traditione rerum venditarum dominium ex iure Romano transferri, & refellitur clare in §. 41. *I. de Rerum diviſ.* ubi, quamdiu pretium ſolutum non eſt, dominium transferri negatur. Sed fac, de iure Romano nuda traditione dominium rei venditæ transferri. Naturalia tamen hæc pactis contrariis adiectis mutantur libere, & poteſt quilibet, dum rem ſuam tradit, legem certam ei dicere. Quamobrem pactum hoc dominii reſervativum & in iure Romano fundatum & moribus corroboratum efficit, ut venditor in concurſu creditorum omnibus anteponatur. Vide *Hertii diſquiſitionem de Reſervatione dominii vel hypothecæ in re vendita ſect.* 1. §. 15. & quos ibi allegat, item *Ludovici* in der Einleitung zum *Concurs-Proceſs cap.* 9. §. 3. *n.* 7. In Electoratu tamen Saxoniæ pactum, quo dominium reſervatur, inſignem illum effectum, ut venditorem concurſui creditorum eximat, non habet amplius, ſed cum pacto, quo hypotheca conſtituitur, prorſus exæquatum eſt, quemadmodum aus der erläuter-

 ten

ten *Proceſs*-Ordnung *tit.* 42. §. 7. apparet. Quin *Bergerus in Oeconomia iuris pag.* 654. *n.* 5. idem iam olim, antequam nova hæc lex ferretur, uſu fori obtinuiſſe, teſtatur.

VI.

Venditor dominium ſibi pacto reſervatum alii cedere poteſt.

VII.

Pacto huic non obeſt, quod dies certus ſolutioni ſit præfixus.

Pacti, quo venditor ſibi dominium reſervat, natura nihil a ceterorum pactorum natura diſcrepat. Eſt illud, ſicut regulariter alia pacta omnia, reale, non perſonale, quamvis in certam perſonam directum ſit, *L.* 7. §. 8. *L.* 40. *pr. de Pactis.* Igitur tertio etiam cedi poteſt. Nec officit huic pacto, quod venditor certum diem ſolutioni conſtituit. Etſi enim ſic fidem de pretio habuiſſe, atque confeſtim dominium transtuliſſe dicatur in *L.* 19. *de Contrah. emt.* contrarium tamen paciſci licet per *L.* 1. *C. de Pactis inter emtorem.* Adde generalem Iuſtiniani regulam in *L. ult. C. eodem: Quum venditor, vel alter alienator non alia lege ius ſuum transferre paſſus eſt, niſi tali fretus conventione: quomodo ferendum eſt, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione.* Conſentit *Brunnemannus in Proceſſu concurſus cap.* 5. §. 7. Sic itaque menſe Iulio anni CIↃ IↃ CCXXXVI. iudicavimus: Daß Appellanten mit den ihrem Erblaſſer cedirten 260. Thalern Kauf-Geldern und dem davon bis zu Zeit des entſtandenen Concurſus aufgeſchwollenen Intereſſe moræ vor der Appellatin zu ſetzen und zu vergnügen. V. R. W. Rat. dec. Anfänglich beſchweren ſich Appellanten, daß ſie wegen der ihnen cedirten 260. Thaler Kauf-Gelder, derenthalben ihm doch der Cedent und Verkäufer das Eigenthum an dem Hauſe vorbehalten, dem eingebrachten Guthe der Frauen nachgeſetzet worden. Wiewol nun Appellatin dawider unter andern vorſchützet, es wären

ren in eben diesem Contracte gewisse Zahlungs-Termine gesetzet, und dadurch, quod fides de pretio habita sit, sattsam bezeuget, diesemnach, und da die würkliche Uebergabe mit darzu gekommen, könne die reservatio dominii tanquam facto contraria, keinen Effect haben, so sey auch dieses pactum reservati dominii ganz personell und non cessibile. Alldieweil aber das pactum dominii reservativum eben die würkliche Uebergabe præsupponirt, auch überhaupt, es mögen Zahlungs-Termine gesetzet seyn oder nicht, so viel würket, daß der Reservant allen andern Gläubigern vorgezogen wird, hiernächst dieses pactum gar nichts personelles in sich begreift, folglich ohne Bedenken an einen tertium überlassen werden kann; So haben dieser 260. Thaler und davon fälligen Interesse moræ halber, als welches in der Mark-Brandenburg, nach dem Zeugnisse Brunnemanni und anderer mit dem Capitale zugleich locirt wird, nothwendig reformatorie gesprochen, und Appellanten der Appellatin vorgesetzet werden müssen.

VIII.

Qui reditus unius alteriusve anni ex bonis debitoris ante concursum emunt, eos libere percipiunt, nec concursui immiscentur.

IX.

Idem ius habent illi creditores, quibus fructus hi, re integra, in solutum dati vel adsignati fuerunt.

Inter eos, qui iure dominii extra concursum sua consequuntur, hi etiam ponendi sunt, qui reditus & fructus ex bonis debitoris bona fide & citra fraudem creditorum emerunt. Non loquor hic de illis annuis reditibus, qui in perpetuum emuntur, atque re vera nihil aliud, quam mutuum usurarium palliatum, sunt. Privilegium, quod his alicubi tribuitur, ut in concursu hypothecam publicam etiam cum iure prælationis coniunctam vincat, enorme & ini-

 quum

quum eſt, quemadmodum in *Specimine CCLII. de Annuis reditibus coroll. un.* oſtendi. Suſtulit igitur illud merito Poloniarum rex & elector Saxo in der erläuterten *Proceſs*-Ordnung *tit.* 42. §. *ult.* Ago hic de caſu, quo quis, antequam de futuro creditorum concurſu ſuſpicio naſceretur, unius alteriusve anni reditus vel fructus a debitore emit, vel, quod idem eſt, in ſolutum aut aſſignatos accepit. Datio enim hæc in ſolutum vel adſignatio vera venditio eſt, *L.* 4. *C. de Evictionibus, L.* 15. *Quibus ex cauſſis in poſſeſſionem.* Igitur iſti fructus venditi vel adſignati nequeunt ad corpus bonorum referri, quoniam per alienationem in patrimonio debitoris, priusquam concurſus oriretur, eſſe deſierunt. Emtor ergo eos citra controverſiam percipit. Clara eſt *lex* 8. §. 1. *de Rebus auctoritate iudicis*, ſecundum quam ICti Helmſtadienſes menſe Ianuario anni CIↃIↃCCXXVII. reſponderunt: Hat E. Hochwürdiges Dom-Capitul zu Paſſau bey dem im Jahr 1723. erfolgten Abſterben des Herrn Biſchofs ihre Adminiſtrations-Gelder von den Cammer-Gefällen des Sterbe-Quartals genommen, wogegen ſich die Wechſel-Händeler Chriſtiani gemeldet, und aus einem Sr. Biſchöflichen Gnaden auf Dero letzten Cammer-Gefälle gethanen Vorſchuſſe 5324. Reichsthaler 23. Groſchen 2. Pfenninge prætendiret. Entſtehet demnach die Frage: Ob das Dom-Capitul die rückſtändige Adminiſtrations-Gelder während der Sedis Vacanz von den Einkünſten des Sterbe-Quartals zu nehmen berechtiget geweſen, und ob die von den Chriſtianis dawider geführte Klage gegründet, oder durch die von dem Dom-Capitul vorgeſchützte Exceptiones genugſam abgelehnet ſey, oder noch beſſer abgelehnet werden könne? Nun iſt das Hochwürdige Dom-Capitul ſonder Zweifel berechtiget geweſen, Zeit obhabender Adminiſtration denenjenigen, durch welche es ſolche Adminiſtration geführet, und, da dieſes durch deſſen eigene membra geſchehen, ſothanen membris gewiſſe Salaria

zu

zu bestellen. Solche Salaria haben auch eben das privilegium, welches die von dem Bischofe selbst Zeit seiner Regierung gesetzte Salaria haben. Da also diese Administrations-Salaria den Herren Dom-Capitularen mit Rechte constituiret, gleichwol nicht bezahlet worden, sondern bis nach Absterben Sr. Bischöflichen Gnaden in Rückstand geblieben, so ist Hochgedachtes Dom-Capitul befugt gewesen, bey der Sedis Vaçanz und auf dasselbe gefallenen Regierung denjenigen Dom-Capitularen, welche die Bezahlung solcher höchst-privilegirten Foderungen gesuchet, diese Zahlung zu thun, und also diesen Gläubigern, welchen die Bischöfliche Cammer verhaftet gewesen, Gerechtigkeit wiederfahren zu lassen. Wenn nun gleich das Hochwürdige Dom-Capitul in diesem allem recht und wohl gehandelt, so bleibet doch ein noch starker Zweifel übrig, ob die Christiani mit ihren Foderungen den Dom-Capitularischen Administrations-Geldern vorzuziehen seynd? Den Christianis kommt hauptsächlich zu statten, daß die Einkünfte der letzteren Monate, welche sie dem Höchstseligen Bischofe und dessen Regierung, gegen Adsignation auf die Passauische Cammer, bezahlet, pro iam perceptis zu achten gewesen, daß selbst die Fürstliche Cammer in Passau solche Adsignation acceptiret, und sich zu Bezahlung der avancirten Gelder anheischig gemacht, daß der von dem Höchstseligen Bischofe, dessen Regierung und der Cammer hierunter engagirte fides publica nicht wohl gebrochen werden kann, daß ein Capitul in der Sedis Vacanz zwar völlig und frey regieret, jedoch die von dem verstorbenen Bischofe geschlossene und zu der vorigen Regierung gehörige Sachen nicht ändern und umstossen könne, und daß endlich die Christiani gleich nach Absterben des Höchstseligen Bischofs dem Hochwürdigen Dom-Capitul ihre Prætensiones notificiret, und selbigem dadurch gleichsam die Hände, daß es den die Administrations-Gelder federnden Capitularen weiter nicht gratificiren können, gebunden, *L. 6. §. 2. de Rebus auctoritate iudicis.* Bey so

gestalten Sachen nun ist der von den Christianis gemachte Anspruch nicht ohne Grund.

X.

Actiones, quibus feudum vindicatur ad curiam feudalem, non ad forum concursus pertinent.

XI.

Pertinet tamen ad forum concursus cognitio de actionibus hypothecariis ratione feudi competentibus.

Porro extra concursum etiam hi collocandi sunt, qui feudum a debitore communi possessum iure dominii sive directi sive utilis vindicant. Hi, tantum abest, ut concursui se immiscere cogantur, ut ne quidem forum concursus sequi necessum habeant. Caussæ enim feudales omnes peculiarem suum iudicem habent, cuius cognitioni subtrahi non debent, 2. *F.* 55. *in fin.* Verum tamen hoc ad debita feudalia, pro quibus scilicet feudum pignori obligatum est, haud pertinet. Quum enim forum concursus omnes lites ad se trahat, trahit ad se etiam actiones, quæ creditoribus ratione feudi competunt. Nec obstat, quod hæ reales sunt. Nam nec reales actiones a foro concursus exemtæ sunt. Tractatur quippe concursus creditorum plerumque in foro domicilii. Atque in foro domicilii actiones reales recte instituuntur, arg. *L.* 19. §. 4. *de iudiciis.* Instas porro, caussas tamen feudales, inter quas & hypothecariæ referantur, privilegiato foro gaudere. Non nego. Verum forum concursus caussas etiam privilegiatum forum habentes ad se trahit. Quæ quum ita sint, si quidem contra vasallum in foro domicilii concursus creditorum excitetur, curia feudalis cognitionem de debitis feudalibus sibi vindicare nequit. Atque sic responderunt ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIƆIƆCCXXIV.

Wir

Digitized by Google

Wir halten dafür, daß, wenn ein concursus creditorum wider den Vasall entstehet, welcher alle Lehn- und andere Schulden an sich ziehet, mithin nicht in foro speciali der Lehns-Canzley, sondern in generali vor der Landes-Regierung, ungeachtet Lehn-Sachen dabey mit unterlaufen, ob continentiam caussarum ausgemachet werden muß, arg. *L.* 1. *&* 2. *de quibus rebus ad eundem iudicem*, *L.* 10. *C. de Iudiciis*, *Mevius P.* 5. *decis.* 124. *Rivinus in Enunciato iuris* 115. *tit.* 51. der Procels ad ordinarium, nemlich vor die Landes-Regierung gehöre, und also die Expedition den Regierungs-Secretariis gebühre.

SPECIMEN CCCCLXXX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

SCYLLA ET CHARYBDI IN CONCVRSIBVS CREDITORVM

PVBLICE CVM ALIQVOT SEQVENTIBVS DEFENSVM

A

CHRIST. FRIDER. SCHMIEDCHEN

SVERINO-MEGAPOLITANO, LL. CVLT.

D. XXIII APRIL. CIϽ IϽ CC XXIX.

Inter publica mala proximus post bellum & pestilentiam locus processui, qui in concursibus creditorum usu iudiciorum Germanicorum observatur, tribuendus est. Intrepidus adfirmo, hoc processu maximam privatorum patrimoniorum partem absorberi, atque ingentem ci-

Digitized by Google

vium numerum ad incitas, ſeu, ut loquuntur, ad ſaccum & peram redigi. Quod poſtquam animadverti, diu iam de publicæ huius calamitatis remediis cogitavi, atque, ut ea felicius reperirem, ipſas mali huius cauſſas ſolicitus requiſivi; & inveni etiam. Duæ videlicet ſunt ſyrtes, quarum inexplebilis vorago bona non ſolum debitorum obæratorum, ſed ipſorum quoque creditorum, ſorbet, efficitque, ut poſt longiſſimas moras maximosque ſumtus & debitores aufugiant, & creditores non ſortem ſaltem ſuam amittant, ſed & de iactura impenſarum in ea perſequenda fruſtra factarum miſere conquerantur. Alteram ex his ſyrtibus magiſtratus ipſe cum ſportulis ſuis, alteram curator concurſus cum ſalario & ceteris emolumentis ſuis tenent. Ni hi duo eſſent, res in vado foret, atque concurſus creditorum non ſolum rarius excitarentur, ſed & hi, qui excitantur, brevi ſine iuſta debitorum creditorumque querimonia finirentur. Quæ quum ita ſint, facilius mihi veniam datum iri ſpero, quod præter morem ſolitum in titulo huius ſcripti metaphora uſus illud de ſcylla & charybdi in concurſibus creditorum inſcripſi. Non enim ſcylla nec charybdis tam infeſta eſſe poteſt nautis, quam duo illa, quæ ſupra nominavi, ſaxa ſunt civibus & locupletioribus, & iis, qui fortunæ iniuria in æs alienum incidunt. Plura profecto bonorum naufragia culpa vel dolo magiſtratuum & curatorum in concurſibus facta ſunt & fiunt quotidie, quam navium in Siculo freto. Sed clarius hoc apparebit, ſi ſingulos hos ſcopulos diſtincte conſideremus, atque totum ſcriptum hoc in duo capita diſpeſcamus, in altero de ſcylla ſeu de ſumtibus concurſus, in altero de charybdi ſeu de curatore concurſus acturi.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXXXI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

SVMTIBVS CONCVRSVS.

I.

Expensæ iudiciales præcipua malorum in concursibus creditorum caussa sunt.

Sumtuum in utilitatem totius concursus factorum maximam partem expensæ iudiciales, seu, uti ex *tit. C. de sportulis & sumtibus in diversis iudiciis* & *L.* 33. §. 5. *C. de Episc. & cler.* appellantur, sportulæ constituunt. Ingens sed pro hodierna iudiciorum forma necessarium malum. Hæ sportulæ quippe non solum imminuunt & aliquando plane exhauriunt corpus bonorum, sed & tanquam illecebra aliqua magistratus inducunt, ut sæpe invitis creditoribus, cum maximo horum malo, & in perniciem debitoris concursum excitent, quem cordatus ac boni publici amans iudex transactione vel alio remedio adhibito vitare ac debitorem conservare potuisset. Memorant ICti Vitembergenses apud *Bergerum in electis discept. for. pag.* 991. præfectum sportularum aucupem, welcher daher sehr geschickt sey, die Sache zum Procefs zu bringen, und den Nahmen habe, daß er bey allen in seinem Bezirke liegenden Ritter-Güthern einen Concurs erreget. Et, si etiam ipsi creditores concursum moverunt, iudex tamen, ut diutius sportulas emulgeat, modis omnibus laborat, ne iudicium cito finiatur. Quodsi magistratibus nihil emolumenti sperandum esset ex concursibus, paucissimos profecto excitari, & hos ipsos, qui excitantur, intra breve tempus finiri videremus. Sed necessarium hoc

 malum

Digitized by Google

malum eſt, quod penitus tolli poſſe, nec ſperamus quidem, quamdiu magna magiſtratuum pars de ſportulis vivere neceſſum habet. Vnicum ergo huic malo remedium eſt, ut iudicibus ſatis ampla ſtipendia conſtituantur, atque deinde lex Iulia repetundarum ſeveriſſime exerceatur, ſed &, quantum fieri poteſt, viri integri & boni iudiciis præficiantur. Mirifica hac in parte ſunt Amſtelodamenſium inſtituta, quæ *Ioannes* Ker, Anglorum in Belgio olim conſul, *dans les Remarques neceſſaires pour ceux, qui ont deſſein de voyager en Hollande p.* 152. *ſqq.* luculenter recenſet: Eſt nempe Amſtelodami collegium iudicum ad cauſſas eorum, qui foro cedunt, cognoſcendas peculiariter conſtitutum. Ex eo bini ad ſingulas cauſſas delegantur, qui totum negotium intra paucos dies ad finem optima ratione perducunt, ac plerumque litem amica transactione componunt. Sed operæ pretium eſt, integrum locum hic adſcribi: *Les banqueroutes frauduleuſes ſont moins communes en Hollande qu'en Angleterre, où c' eſt aſſez l'uſage de quitter une vie penible & laborieuſe, pour s'en aller vivre à ſon aiſe aux depens de ſes Créanciers. La raiſon de cette difference eſt, qu'on les traite en Hollande avec plus de ſeverité que chez nous. Mais auſſi ceux, qui tombent en décadence par des pertes inévitables, & par des accidens, qu'ils n' ont pû prévenir, trouvent bien plus de facilité à faire leur accord avec les Créanciers, qu'ils n'en auroient par les coûtumes au Loix d' Angleterre. Car pour dire la verité, l'execution de nos Statuts fait ſouvent autant de tort au Créancier, qu' au Debiteur, par la longueur & par les fraix des procedures, tellement, qu' après avoir paié les ſalaires des Commiſſaires & les caſuels, bien des fois le Créancier perd ſa depte, & l' infortuné Debiteur eſt rüiné à iamais. C' eſt pour qui ie vais décrire la methode, qu'on ſuit à Amſterdam dans le cas de Banqueroute. Tous les ans le Magiſtrat d' Amſterdam nomme des Commiſſaires pour les banqueroutes, & en forme un College.*

College. Ces Iuges s' assemblent en certains iours de la semaine dans une chambre particuliere de l' Hòtel de Ville, sur la porte de laquelle la fortune est representée en marbre, ailée, s'enfuiant, & aiant autour d' elle des coffres renversez, où des rats & des souris mangent des sacs, des plumes, des écritoires, & des papiers. C'est là, que ces Commissaires reçoivent les Requêtes des debiteurs & des creanciers, & qu'ils leur ordonnent de comparoitre devant eux, pour leur exposer le veritable ètat des affaires. Ensuite ils saisissent les papiers & les effets du debiteur, ou bien ils laissent le tout dans sa maison, & ils y envoient deux Commissaires pour examiner les vivres & faire un inventaire des biens, avec pouvoir d' accorder l' affaire, à la satisfaction mutuelle des deux parties. Si on trouve, que le Debiteur a manquè par des pertes imprévues & par des accidens inévitables, sans qu'il y ait contribué en rien, c' est l' ordinaire de proposer aux creanciers des conditions amiables & supportables pour le debiteur, & on lui laisse plusieurs fois la moitié de son bien ou un tiers, ou même on engage les Creanciers à lui avancer une somme d' argent pour l' aider à relever son commerce, à condition qu'il s' obligera de son cóte à leur paier tout ce, qu'il leur doit, quand il plaira à Dieu de le mettre en etat de le faire. Au contraire, si les Commissaires trouvent, qu'un negotiant s' est conduis en fripon, & qu'il a fait banqueroute dans le dessein de tromper ses crediteurs, qu'ils découvrent par exemple, qu'il a tenu des faux livres, ou qu'ils le surprennent avec des billets de Banque contrefaits, ou de pretendües commissions, alors ils en agissent avec beaucoup de severité, & non content de saisir ses livres & ses effets, ils le mettent en prison, & lui infligent des punitions corporelles, iusque la-même, qu' ils le condamnent à mort, si la banqueroute est accompagnée de circonstances odieuses. Mais si le Debiteur n'est que malheureux, les Commissaires emploient tout ce, qu'ils ont de pouvoir, pour forcer les Creanciers à accepter les conditions, qu'il leur presente. En effet ce

 parti

parti est le meilleur pour ceux, car s'ils en agissoient à la rigueur, & qu'ils missent le pauvre homme en prison, ils sont obligez de le nourrir & de l'entretenir selon sa qualité & aprés qu'il y a été un certain tems, sans qu'ils puissent prouver, qu'il a un fond suffisant, il est admis à prêter serment, qu'il n'a pas quarante florins vaillant outre ses habits & les mêtiers de ses ouvriers, aprés quoi on le met en liberté. Mais il doit bien prendre garde de se pariurer, car alors il est puni sans misericorde. Ces commissaires au reste sont paiez par le Souverain, & ne reçoivent pas la moindre chose des debiteurs & des Creanciers pour tout ce qu'ils font. Ils meritent toutes sortes d'éloges pour leur promtitude à rendre service à ces pauvres Marchands, qui, apres avoir mené une vie irréprochable, viennent à faillir par des pertes & disgraces, qu'ils ne pouvoient prévoir. Lors que les debiteurs sont reduits à ne pouvoir ni paier leurs Créanciers, ni maintenir leur famille, ces Commissaires poussent la bonté iusqu' à prendre leurs enfans, & les envoier dans les Hopitaux, & il arrive même plusieurs fois, qu'ils sollicitent les Bourguemaitres en leur faveur, & qu'ils les prient de donner quelque emploi à ces malheureux.

II.

Expensæ iudiciales in concursibus, quantum potest, sunt minuendæ.

III.

Iudex alibi habitans ob iter ad locum iudicii, in quo concursus agitatur, faciendum poscere nihil potest.

Quamdiu Amstelodamensium morem, quem ante memoravi, non recipimus, atque magistratibus expensas suas iudiciales relinquimus, curandum est interim, ut sportulæ illæ, quantum potest, accidantur & minuantur. Sic magistratus ob exiguum lucellum lites augere magnasque molestias devorare vix operæ pretium existimabunt. Faciunt hoc ICti Helmstadienses, quandocunque commode possunt, sæpe non sine murmure iudicum, bolum talem

faucibus

faucibus ſuis eripi ægre ferentium. Mittebat ad eos eques quidam menſe Octobri anni CIƆIƆCCXV. acta concurſus ſuper bonis ruſtici. Sportulæ iudiciales, quas primo loco poni oportebat, ſat magnam pecuniæ ſummam conficiebant. ICti vero, iisdem accuratius examinatis, iuſtum crediderunt, dimidiam earum partem amputari. Animadverterunt nempe, iudicem, qui in urbe aliquot lapides a pago, in quo iudicium exercebatur, diſtante habitabat, frequentia ad pagum concurſus cauſſa feciſſe itinera, ac pro ſingulis itineribus mercedem, ſicut advocati & medici ſolent, in rationes retuliſſe & concurſui imputaſſe. Id vero indignum erat. Conceſſa eſt iurisdictio equitibus in pagis ſuis, & attributi illi propterea ſunt fructus eius iurisdictionis, ut onera quoque ex iis ferant. Atque vero ad onera ſine dubio ſpectat conſtitutio iudicis & actuarii in eo ipſo loco, in quo iudicium exercendum eſt. Hoc itaque ſua impenſa curare oportet dominum iurisdictionis. Agnoſcit huius moniti æquitatem *Bergerus in electis diſc. for. pag.* 1010. *n.* 7. præcipitque, daß die Gerichts-Verwalter, da ſie *in loco* ihrer Gerichte ſich ordentlich nicht aufhalten, ſondern ab- und zureiſen müſſen, deshalben etwas von denen Unterthanen zu nehmen nicht befugt, weniger dieſe, auſſer wo es zu denen ordentlichen Gerichts-Tagen hergebracht, ſie zu holen ſchuldig ſeyn ſollen. Sic ergo iudicatum fuit: 1. Alle dem Concurſe zum Beſten aufgewendete Unkoſten, wohin inſonderheit die Vol. 15. angegebene Gerichts-Gebühren und des Curatoris litis Salarium gehören, davon jene, auſſer das Meilen-Geld, ſo von der Gerichts-Obrigkeit bezahlet werden muß, insgeſammt auf 36. Thaler, dieſes auf 25. Thaler gemäßiget werden. V. R. W. Rat. dec. Die erſte Stelle hat den Gerichts-Gebühren und des Curatoris litis Salario gebühret. Es können aber unter jenen die Reiſe-Koſten des Gerichtshalters nicht gerechnet werden, als welche von den Gerichts-Herrn, denen die fructus iurisdictionis

nis anheim fallen, folglich auch die onera derselben und darunter die Bestellung der Gerichts-Personen und die zu deren Salarirung und Reisen nöthige Kosten obliegen, zu tragen seynd.

IV.

Sumtus in concursum facti primo loco collocantur.

V.

Nihil tamen propterea creditoribus prioribus de iure communi detrahitur.

Post eos, qui res suas exstantes iure dominii vindicant, proxime, & in ipso quidem concursu primo loco, sequuntur expensæ, quæ durante vel pendente concursu omnium creditorum gratia necessario factæ sunt, *L.* 8. *Depositi, L. ult.* §. 9. *C. de Iure deliberandi, Martini in Processu tit.* 42. §. 4. *n.* 13. Aequum hoc est & indubium. Illud vero maximopere controvertitur, utrum expensæ hæ generaliter ex corpore bonorum decerpantur, an vero his solis creditoribus, ad quos solutio pertingit, imputentur ac pro rata deducantur. Priorem sententiam antiqui omnes tenent, nec ullum mihi lectum recordor, qui expensas has non simpliciter primo loco ponat. Nec aliud in priscis legibus statutum. Primi, quod sciam, scabini Lipsienses & Hallenses apud *Martini in Processu tit.* 42. §. 4. *n.* 31. sententiis suis hanc formulam adiicere cœperunt: Jedoch werden solche Kosten nur denenjenigen Gläubigern, welche ihre Zahlung erhalten, pro rata gekürzet. Inseruit eandem elector Brandenburgicus der Magdeburgischen *Procefs*-Ordnung *cap.* 49. §. 7. Imitati eum sunt nuperrime Potentissimus Poloniarum rex in der erläuterten und verbesserten Chur-Sächsischen *Procefs*-Ordnung *ad tit.* 42. §. 1. & rex Prussiæ in der *Hypotheken*- und *Concurs*-Ordnung §. 130. Atque hæc formula in iis quidem terris, in quibus lege stabilita est, adhiberi debet sine dubio, non tamen in illis, quæ iure communi utuntur. Equidem illa mihi ipsi olim æquissima

ſima & iuſtiſſima viſa fuit, ut eam etiam in iis locis, in quibus ius commune viget, ſententiis claſſificatoriis, quos vocant, adiiciendam crederem. Movit me inprimis illa vulgata iuris regula: omnium contributione ſarciendum eſſe, quod pro omnibus impenditur, *L. 1. de L. Rhodia de iactu.* Ipſi aliquando ICti Helmſtadienſes, deſerta maiorum ſuorum opinione, novam hanc amplexi ſunt. Sic certe menſe Decembri anni CIↃ IↃ CCXIV. reſponderunt: Zuerſt kommen die Gerichts-Unkoſten, welche incluſive der jetzigen Urthels-Requiſitions- und Publications-Gebühren zuſammen 44. Reichsthaler betragen. Dieſe werden nun zwar zum voraus abgezogen. Allein, es würde die höchſte Unbilligkeit ſeyn, wenn ſolcher Abzug nur den letztern Gläubigern zur Laſt gereichte, und dieſe deshalb leer ausgehen müſten, da doch ſolche Koſten dem ganzen Concurſe zum beſten gereichen, mithin von allen, die etwas bekommen, pro rata getragen werden müſſen. Dieſemnach wird einem jeden, der die Zahlung bekommen, allezeit der ſiebende Reichsthaler gekürzet. Jedoch werden die Herren-Gefälle mit ſolchem Abzuge verſchonet. Sollte auch bereits einigen Gläubigern das völlige quantum bezahlet ſeyn, müſten dieſe den ſiebenden Reichsthaler wieder hergeben, oder, da ſelbige nicht ſolvendo, würde es den übrigen Gläubigern abgezogen. Poſtquam vero deinde rem accuratius conſiderare cœpi, maxima mihi dubia contra novam hanc opinionem ſunt oborta. Primum legem nullam habemus, in qua illa innitatur. Nam regula iuris, quam ſupra memoravi, manifeſtam patitur limitationem tunc, quum alterius culpa intervenit. At concurſus creditorum ſemper fere oritur culpa poſteriorum creditorum, qui cum debitore iam obærato contraxerunt, vel tamen ei non ſatis provide crediderunt. Primis creditoribus, qui mutuum ei tunc, quum adhuc ſolvendo eſſet, vel adhibita circumſpectione debita dederunt, imputari nihil poteſt. Non debebat itaque his nocere factum creditorum poſteriorum. Deinde

plerorumque ex anterioribus creditoribus ius liquidiſſimum eſt, nec diſceptatione ulla eget. Proceſſus ergo inter ſolos fere creditores poſteriores vertitur, qui nomina ſua liquida facere laborant & de potiore loco invicem certant. Propter hos ſumtus maximus fit, cuius partem creditoribus prioribus ferendam imponere vix ſine iniquitate poſſumus. Porro tributa & onera publica deminutionem nullam pati debent. Sed, ſi regula, quam dixi, generalis eſt, ea etiam fiſco obſtabit, quod infinitas eiusdem querelas excitabit. Tum nova hæc opinio turbas ſæpe dat, atque novas lites excitat. Dixi ſupra, pendente concurſu, uni ex creditoribus, cuius ius maxime liquidum & verſimile apparet, ſuum etiam ante ſententiam definitivam exſolvi poſſe. Hunc itaque poſt latam deinde ſententiam definitivam ad partem ſumtuum reddendam condictione indebiti adigi oportebit. Quod quantas difficultates pariturum ſit, unusquisque animadvertit. Deinceps illa ipſa opinio magiſtratibus crucem figit, atque occaſionem novos ſumtus faciendi ſuppeditat. Animadverti hoc aliquoties. Iudices nempe, ſæpe arithmetices imperiti, accepta ſententia, qua impenſas litis cuilibet creditori detrahere iubentur, calculum ducere neſciunt, atque, ut nonnunquam animadverti, acta ad ICtos remittunt, ut poſt ſententiam claſſificatoriam etiam diſtributoriam concipiant, & expenſas ſingulis pro rata ipſi detrahant. Denique iudicia multa veteri obſervantiæ adſueta rationem, cur ab illa recedatur, non agnoſcunt, atque adeo novam illam ex ſuperiore Saxonia advectam formulam improbant atque reiiciunt. Non diu eſt, quod acta concurſus Falckenbergici ex illuſtri Cancellaria Suerinenſi Helmſtadium mitterentur, in quibus ICti Ienenſes ſententiam claſſificatoriam conceperant, atque ex novo more expenſas ſingulis creditoribus ferendas adſcripſerant. Sed correxit ipſa Cancellaria ſententiam, iudicavitque: Daß

die

die Concurs-Kosten voraus zu bezahlen, und den Creditoribus, die das ihrige erhalten, pro rata nicht zu kürzen. Quibus incommodis moti nuper ICti Helmstadienses in maiorum suorum vestigia reversi sunt, atque sic mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXVIII. Nordhusam responderunt: Erstlich beschweren sich Leuterantinnen über das gesprochene Classifications-Urthel deshalb, daß die Concurs-Kosten nebst des Curatoris bonorum Salario den Creditoribus, so ihre Zahlung erhalten, nicht pro rata gekürzet, sondern zum voraus von der massa bonorum genommen werden. Nun berufen sich zwar Leuterantinnen auf den Gerichts-Brauch, und haben überdies den Beyfall vieler Rechts-Lehrer vor sich, welche die Kürzung pro rata sowohl der Billigkeit als den geschriebenen Rechten vor gemäß halten, und die bekannte Rechts-Regul, omnium contributione sarciendum esse, quod pro omnibus impensum fuit, hieher ziehen, anbey vor eine grosse Ungerechtigkeit ausgeben, daß man den Concurs blos auf Unkosten der letzten Gläubiger führen, und die erste davon gänzlich lossprechen wolle. Allidieweil aber der gerühmte Gerichts-Brauch nicht im geringsten bescheiniget ist, und vielmehr das Widerspiel daraus, daß dasige von der Observanz am besten informirte Obrigkeit die Gerichts-Kosten schlechterdinges voraus gesetzet, hervor scheinet, hiernächst die erste und vorgesetzte Gläubiger, welche ihr Vorrecht entweder in alten Zeiten oder doch durch genugsame Vorsicht und Beobachtung der in Rechten vorgeschriebenen requisitorum erlanget, an dem nachgehends entstandenen Concurse keine Schuld tragen, hingegen den letztern Gläubigern darunter, daß sie sich nicht besser vorgesehen, einige Schuld beygemessen werden kann, also in etwas unbillig ist, wenn man den ersten Gläubigern, wegen der letztern ihrer Unvorsichtigkeit und des dadurch erregten Concurses, ein Theil von ihren Capitalien abziehet; So haben wir es in diesem Puncte bey dem Urthel gelassen.

VI.

Eæ etiam expensæ, quas unus creditorum in communem utilitatem fecit, ei ante omnia ex communibus bonis restitui debent.

VII.

Nec nocet ei, quod in sumtu faciendo suam saltem utilitatem sectarit.

Recte *Mevius Part.* 2. *dec.* 269. eas expensas, quas creditorum aliquis in commoda communis processus facit, ceteris creditoribus omnibus antefert. Aequum hoc est & convenit cum *L.* 5. *&* 6. *pr. Qui potiores in pignore.* Fundamentum huius iuris est negotiorum gestio, ut idem *Mevius ibid. n.* 6. bene observat. Ex quo consequitur, creditoribus istis, qui sumtus fecerunt, non nocere, quod propriam saltem, non communem, utilitatem spectarint. Nam nec negotiorum gestori hoc nocet, *L.* 6. §. 8. *de Negotiis gestis.* Quapropter sic mense Decembri anni CIƆ IƆ CCXVI. a ICtis Helmstadiensibus iudicatum est: 1. alle dem Concurs zum Besten aufgewendete Unkosten, wohin auch Christoph Heinrichs von Schaurinsky liquidirte 30. Thaler, welche wir hiemit auf 23. Reichsthaler 18. Groschen mäßigen, ingleichen, was der von Schmolk auf den Concurs verwandt, gehöret. 2. obgedachter von Schaurinsky mit seinen angegebenen meliorationen. Jedoch gehen von der liquidirten Summa der 470. Reichsthaler 23. Groschen 9. Pfennige die 3. erste Posten a 287. Reichsthaler 18. Groschen ab, als welche in dem Concurse gehörigen Orts zu bezahlen seynd, und wird der Ueberrest auf 144. Thaler 1?. Groschen moderiret. V. R. W. Rat. dec. Anfänglich stehen die dem Concurse zum Besten aufgewendete, und gleich nach selbigen die zur Verbesserung des Guthes, und also ebenfalls zum

Nutzen

Nutzen der sämmtlichen Gläubiger gemachte Unkosten. Denn ob gleich denen, welche diese letztere fodern, vorgeworfen wird, sie hätten darunter nicht des Concurses, sondern ihren eigenen Vortheil gesuchet, so ist doch bekannt, daß ein negotiorum gestor, welcher blos seines Nutzens halber und so gar mala fide etwas aufgewendet, solches dennoch von demjenigen, dessen Bestes dadurch befordert ist, wieder fodern könne.

COROLLARIA.

1. Expensæ in conservationem & refectionem rerum ad concursum spectantium ante omnia deducuntur, atque ipsi adeo mercedi domesticæ anteponuntur, arg. *L. 5. Qui potiores in pign. L. 8. Depositi, L. 29. §. 2 de Pignoribus.* Vide *Specimen CLIX. de Exercitoria act. med. 5. 6.*

2. Idem de impensis in meliorationem factis dicendum.

3. Necesse tamen est, ut ea refectio & melioratio non ante concursum excitatum, sed, pendente illo, facta sit, arg. L. 17 *C. de Pignoribus.* Alias enim impensæ in refectionem suppeditatæ ad secundam creditorum classem referuntur, impensæ in meliorationem nullum plane privilegium habent. Vide *Specimen CLXVII. de in rem verso med. 2. 3.* item die erläuterte Sächsische *Proceß-*Ordnung *tit. 42. §. 1.*

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXXXII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

PRIVILEGIO TRIBVTORVM

PVBLICE CVM QVATVOR SEQVENTIBVS DEFENSVM

AB

ANTONIO VLDARICO ERATH

BRVNSVICENSI

D. XXXI. IVL. CIↃ IↃ CC XXVIII.

I.

Tributa in concursu inter primos creditores ponuntur.

II.

Tributum definitur.

III.

Etiam ea onera, quæ magistratibus inferioribus præstantur, si publicam utilitatem spectent, inter tributa referuntur.

IV.

Ad tributa referri nequeunt onera, quæ peculiariter ab uno cive ex contractu vel præscriptione præstantur.

Tributis in concursu inter primos creditores locus datur. Interest enim reipublicæ, ut indemnitati tributorum omnibus modis consulatur, *L.* 2. *C. Si propter publicas pensitationes*, & utilitas publica præferenda est privatorum contractibus, *L.* 3. *C. de Primipilo.* Etsi vero alias de definitionibus magnopere solicitus

Digitized by Google

tus non ſim, hic tamen definitionem tributi præmittendam eſſe video, quod ex ea recte ſtabilita multæ lites decidi queant. Miror, *Klockium* in integro, quem *de Contributionibus* ſcripſit, commentario definitionem tamen contributionis contra morem aliorum eius ſæculi auctorum, qui in ſtruendis definitionibus plus operæ, quam neceſſe erat, conſumunt, omittere. Optime *Zieglerus de Iuribus Maieſtatis Lib.* 2. *cap.* 1. §. 2. tributum definit omne id, quod reipublicæ conſervandæ cauſſa in commune confertur. Addo ſaltem: *& utilitatis publicæ cauſſa*, ne quis forte vocem *conſervandæ* captet, & neceſſitatem publicam rigide nimis exigat. Vide *L.* 239. §. 3. *de Verborum ſignif.* quæ huc maxime pertinet. Diſcrimen, quod vulgo faciunt inter tributa, collectas, ſtipendia &c. neceſſarium non eſt. Nos cum Ziegler ſpecies iſtas omnes uno tributi nomine complectimur. Poſita iſta definitione, conſequitur, veram eſſe eorum ſententiam, qui apud *Martini in Proceſſu tit.* 42. §. 7. *n.* 23. 24. ea etiam onera, quæ magiſtratibus inferioribus, comitibus puta, baronibus, nobilibus atque civitatibus municipalibus, debentur, huc referunt. Addenda eſt tamen limitatio, dummodo ea onera utilitatem publicam ſpectent, qualia inprimis ſunt, quæ magiſtratus oppidani pro ſumtu in ædificia publica vel miniſtros publicos &c. faciendo accipiunt & exigunt. Neque tamen ſola utilitas publica ſufficit, ſed neceſſe etiam eſt, ut id, quod præſtatur, in commune conferatur. Id nempe, quod civis aliquis peculiariter, forte ex contractu vel præſcriptione, obligatus ſolvit, quamvis ad publicos uſus & neceſſitates, in claſſem tamen tributorum non venit, ſed inter creditores ſecundi ordinis ſecundum antiquitatem temporis locatur, *L.* 2. *C. de Privilegio fiſci.* Subiiciemus exemplum. In quodam concurſu creditorum magiſtratus oppidanus onera publica confeſtim ex præſentiſſima pecunia, nemine

con-

Digitized by Google

contradicente, decerpſerat, deinde, commiſſis inter ſe creditoribus, acta ad ICtos Helmſtadienſes menſe Ianuario anni cIↃ IↃ CCXXVIII. mittebat. Tenue erat patrimonium, de quo litigabatur, onera vero longe maiora, quam quæ exiguis poſſeſſionibus convenire videbantur. Mirati hoc, onera illa accuratius conſiderare cœpimus, & animadvertimus, potiſſimam illorum partem in mercede conſiſtere. Nempe debitor communis tabernulam in foro publico habuerat & penſionem pro ea ab aliquot annis curiæ debebat. Sed ea penſio male inter tributa collocabatur. Eximimus igitur eam inde, & inferiore loco poſuimus ex his rationibus: Was die Ordnung der Gläubiger ſelbſt betrift, ſo gebühret nach den Concurs-Koſten die erſte Stelle den oneribus publicis, worunter wir doch die 30. Reichsthaler Budenzinß nicht wol rechnen können, nachdem dieſer Buden-Zinß ja keine Contribution oder ordentliches Herren-Gefälle, ſondern ein bloſſes Mieth-Geld iſt, und in den Rechten mehr nicht als ein ſtillſchweigendes Unterpfand in den mercibus illatis hat.

V.

Exactores tributorum quousque in concurſu ad probandum adſtringantur, diſquiritur.

VI.

Quod ad quantitatem reliquorum, ſimplici eorum adſertioni ſine iureiurando fides habetur.

Primus, ut dixi, poſt expenſas concurſus locus tributis debetur. Sed conſtare ante omnia debet de debito eiusque quantitate. Requirit itaque *Brunnemannus in cent. 1. deciſ.* 54. ut tributa ſpecifice liquidentur & probentur. Et de liquidatione quidem nihil habeo, quod moneam. Verum quod ad probationem diſtinguendum eſt. Debitum ipſum probari non oportet, niſi tributum, quod exigitur, plane ſingulare ſit, hoc eſt, ab aliis civibus atque poſſeſſionibus non exigatur. Nam onera univerſaliter omnibus impoſita,

posita, tametsi nova sint & insolita, extraordinaria tamen dici nequeunt, nec quod ad singulos probatione indigent, *L.* 5. *C. de Annonis & tributis.* Quodsi autem de quantitate collationis dubitetur, tunc secundum *Novellam* 128. *c.* 4. fiscalium descriptionum custodes coguntur, eas proferre & fiscalium ostendere quantitatem. Denique si & de quantitate oneris prædio inhærentis constet, atque saltem de residuis, quousque ea debeantur, quæstio sit, tunc simplici exactorum adsertioni fides habetur, & debitor in id omne, quod illi poscunt, damnatur, nisi apochis eam summam minuere queat. Nec coguntur exactores quantitatem eam, quam flagitant, iureiurando confirmare. Id quippe iusiurandum superfluum penitus foret. Sufficit enim fides iurisiurandi, quod ab initio suscepti muneris præstiterunt. Sic mense Februario anni CIↃ IↃ CC XVII. iudicavimus: Ob wol Curator litis von dem Gerichts-Schultzen, daß er nebst den Schöppen das angegebene quantum der Contribution beschweren solle, fodert; So haben wir doch solches, da die Contributions-Cassa, in so weit deren Befriedigung durch Quitungen nicht beyzebracht wird, fundatam intentionem hat, auch zum Ueberfluß der Gerichts-Schultze und Schöppen es bey ihrer Pflicht ausgesagt, nicht in Betrachtung gezogen, sondern besagte Contribution gleich secundo loco, das Trescher-Lohn aber, wogegen nichts erinnert worden, unter die dem Concurs zum Besten verwandte Unkosten gesetzet.

VII.

Qui pecuniam in solutionem tributorum credunt, privilegium fisci etiam sine cessione consequuntur.

VIII.

Creditor tamen probare debet versionem.

IX.

Ad quod confessio debitoris haud sufficit, ne quidem ad effectum iurisiurandi suppletorii.

Difficillima lis eſt, an is, qui debitori communi pecuniam ad ſolvenda tributa & onera publica credidit, in privilegium fiſci ſubintret, quamvis fiſcus ei iura ſua non ceſſerit. Negatur hoc aperte in *L.* 3. *& ult C. de Privilegio fiſci.* Affirmatur contra in *L.* 24. §. *ult. de rebus auctoritate iudicis poſſid.* cui adſtipulatur *lex* 1. C. *de his, qui in priorum creditorum locum,* ubi ad conſequendum prioris creditoris locum ſufficere dicitur pactum cum debitore initum, ut credens in locum anterioris ſuccedat. Conciliationes, quæ vulgo adferuntur, haud ſatisfaciunt. Analogiæ iuris magis convenit ſententia, ſufficere pactum cum debitore initum, nec ceſſionem fiſci aut alterius prioris creditoris deſiderari. Huius enim nihil intereſt, cui & invito ſolutio obtrudi & ius ſuum exſtingui poteſt. Verumtamen, etſi hanc opinionem admittas, cavendum eſt ſedulo, ne fraudibus porta patefiat. Nihil ſcilicet, illa promiſcue admiſſa, facilius erit, quam, ut creditores poſteriores cum debitore obærato colludant, atque chirographis ſuis confeſſionem de pecunia in ſolutionem tributorum credita ac impenſa inferri curent, & ſic antiquiſſimas hypothecas eludant. Fit hoc nonnunquam tam impudenter, ut, hominibus ingenuis perfrictam adeo frontem eſſe poſſe, miremur. Perferebantur ad nos menſe Septembri anni CIↃ IↃCC XXVII. acta concurſus, in quibus nullum erat chirographum, quod iſtam, quam dixi, formulam non contineret. Videbatur nova quædam cautela a notario excogitata generaliter irrepſiſſe. Quod nos indignabundi non tulimus, ſed omnes iſtos creditores cum cautela ſua in ultimam claſſem reiecimus, addita hac ratione: Und iſt des gemeinſchaftlichen Schuldeners bloſſes ganz unwahrſcheinliches Bekänntniß, ob ſey der gröſte Theil dieſer aufgenommenen Gelder zur Bezahlung der Contribution, oder ſonſt dem Gute zum beſten aufgenommen worden, zu Erlangung eines Vorzugs vor die öffentliche Hypo-

thequen

thequen und andere privilegirte Gläubiger nicht hinlänglich. Erat quidem in Collegio, qui creditoribus istis probationem adhuc permittendam esse diceret. Sed neque hoc placuit, considerantibus, oportuisse illos sub pœna præclusi iura sua ante sententiam classificatoriam deducere ac probare. Quid ergo, ais, faciendum ei, qui vere in tributorum solutionem credidit? Num forte iusiurandum suppletorium offerendum? Neque hoc sufficiet, quum sola confessio debitoris, perinde ut in actione de in rem verso, nihil probet. Idem itaque creditori præcipimus, quod Vlpianus in *L.* 3. §. 9. *de in rem verso*, ut curiosus sit, quo pecunia sua vertatur. Solvat ipse fisco tributa, apochasque exigat, quod omnium optimum est, aut tamen testes, qui pecuniam suam solvi fisco videant, mittat. Sic mense Novembri anni CIↃ IↃ CC XIX. iudicavimus ex huiusmodi rationibus: Es seynd vors erste gesetzt worden alle dem Concurs zum Besten aufgewendete Unkosten, zweytens die Herren-Gefälle und auf dem Gute haftende onera realia, drittens diejenige, welche die Herren-Gefälle verschossen und dadurch in locum fisci succediret. Doch haben wir hierbey einen Unterschied gemachet zwischen denen, welche solche Gelder an den Fiscum selbst gezahlet, auch darüber von dessen Einnehmern Quitung erhalten und aufzuweisen haben, und denen, so keinen Schein in Händen haben, sondern das Geld dem gemeinschaftlichen Schuldner, um davon obgedachte onera abzutragen, hergegeben. Denn weil nicht gewiß, daß dieses letztere wahrhaftig geschehen, gleichwol die Rechte das Versprechen des Schuldeners nicht vor genugsam halten, sondern den Beweis der Version selbst erfodern, indem sonsten ein jedweder dergleichen in die Obligationes rücken, und dadurch ein Privilegium erlangen könnte; So haben wir diesen letztern kein Vorrecht angedeyen lassen.

COROLLARIVM.

Quando fiscus ipse ratione reliquorum cum his, qui pecuniam suam in solutionem tributorum crediderunt, concurrit, fiscus primo loco ponendus est ob utilitatem publicam.

SPECIMEN CCCCLXXXIII. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

PECVNIA HEREDITARIA.

I.

Privilegium pecuniæ hereditariæ non saltem iuris Saxonici est, sed in iure communi fundamentum habet.

De privilegio, quod pecunia hereditaria habet, ut in prima creditorum classe collocetur, lis magna est, utrum id in sola Saxonia obtineat, an vero & in iis provinciis, in quibus commune ius viget, locum inveniat. Multi id cum *Martini in Processu tit.* 42. §. 8. *n.* 1. *& Hahnio ad Wesembecium tit. de Privilegiis creditorum n.* 2. ad solam Saxoniam restringunt. Alii, inter quos & *Brunnemannus in Concursu creditorum cap.* 5. §. 21. universale faciunt. Cui posteriori sententiæ etiam nos, ICti Helmstadienses, accessimus ex hac ratione. Coheres sine dubio, quamdiu hereditas indivisa iacet, partis suæ dominus est. Id dominium tunc, quum in divisione prædia hereditaria alteri addicit, ac sibi contra annuam pensionem, dotem vel simile quid stipulatur, transfert quidem in coheredem, non tamen per venditionem, quæ in divisionibus

bus hereditariis non præſumitur, *L. 34. Familiæ erciſcundæ*, ſed per contractum innominatum do ut facias, do ut des. Ergo ſi is, qui prædia ſuſcepit, modum adiectum non implet, addicens utilem vindicationem habet, ſeu, ut ea in *L. 1. C. de Donationibus, quæ ſub modo* explicatur, actionem, qua dominium priſtinum ſibi reſtituatur. Videtur ergo extra concurſum inter eos, qui iure dominii res ſuas repetunt, collocandus eſſe. Sed uſu obtinuit, ut ſaltem in prima claſſe collocetur. Sic menſe Martio anni CIↃIↃCCXX. reſpondimus: Entſtehet die Frage: Ob Erbe-Geld vor allen andern den Vorzug habe? Wiewol nun einige Rechts-Lehrer das den Erbe-Geldern zuſtehende Vorrecht nur auf Sachſen, wo ein ausdrückliches Geſetz dieſerwegen vorhanden iſt, reſtringiren, und dafür halten, es könne an Orten, wo das gemeine Recht eingeführet iſt, dergleichen Privilegium in Ermangelung eines Legis den Erbe-Geldern nicht verſtattet werden. Dieweil aber ein Erbe, ſo lange er noch nicht abgefunden iſt, ſein Erb-Recht und dominium in den erbſchaftlichen Stücken auch nach Verordnung der gemeinen Rechte behält, und Kraft ſolches dominii andern Gläubigern vorgehet, mithin nicht geſaget werden kann, daß das Vorzugs-Recht der Erbe-Gelder nur in Sächſiſchen Rechten gegründet ſey, immaſſen auch *Brunnemannus* und andere auſſer Sachſen lebende DD. die Erbe-Gelder in die erſte Claſſe der Gläubiger ſetzen; So hat das Erbe-Geld vor allen andern Gläubigern, auſſer denen, welche gleichfalls in der erſten Claſſe ſtehen, den Vorzug.

II.

Pecunia hereditaria deſcribitur.

Meditatio præcedens vix ſatis intelligetur, niſi naturam pecuniæ hereditariæ accuratius explices. Eſt ſcilicet pecunia hereditaria penſio, quam heres, prædia hereditaria ſuſcipiens, coheredi vel in alimenta, vel in dotem, vel in donationem propter nuptias, vel in ſimilem uſum pollicetur.

cetur. Non desidero, ut præstatio in plures annos dividatur, quod nonnullos facere animadverto. Nihil hoc ad essentiam pecuniæ hereditariæ. Semper fere in terris Brunsuicensibus, quando prædium rusticanum inter liberos dividendum est, unus id solus suscipit, ceterisque vel alimenta promittit, vel modicum quid solvit in præsens, maiorem vero summam in diem, quo nuptias facturi sint, pollicetur. Mitgast appellant communiter, quæ nihil aliud est, quam dos vel donatio propter nuptias. En genuinum maxime pecuniæ hereditariæ exemplum. Fac ergo, illum prædii possessorem bonis labi. Iniquissimum certe foret, fratres sororesque cum omnibus fortunis suis in ultimas creditorum classes relegari. Igitur iure dominii in prima classe collocandi sunt. Fecimus hoc mense Martio anni CIↃ IↃ CC XV. ex his rationibus: Den folgenden Ort haben wir denjenigen, welchen statt ihres an dem Guthe zu fodern habenden Erbtheils etwas gewisses an Mitgast und Aussteuer ausgemachet worden, eingeräumet, in Erwegung, daß selbigen dieser Foderung halber eine species dominii und hereditatis petitio zustehet.

III.

Pecunia hereditaria non est, quando emtio & venditio intercedit.

IV.

Iure tamen Saxonico emtio & venditio pecuniæ hereditariæ non obstat.

V.

Vsurarum præstatio pecuniam hereditariam vitiat.

Patet ex iis, quæ ante diximus, pecuniæ hereditariæ privilegium cessare, quando emtio & venditio intercessit, atque prædia certo pretio æstimata uni coheredi addicta sunt, sub pacto, ut is hoc pretium statis diebus solvat. Vera hic venditio intercedit per *L.* 1. C. *Communia utriusque iudicii*

dicii & L. 3. C. Communi dividundo. Igitur, quia fides de pretio habita, dominium irrevocabiliter transit, §. 41. *I. de Rerum divis.* Hac ergo in parte ius commune recedit a Saxonico, quo privilegium pecuniæ hereditariæ etiam illi, quam modo memoravi, pretio in distinctis terminis solvendo tribuitur. Vide *Ordinat. proc. Sax. elect. antiquam & recognitam tit.* 42. §. 7. quem locum non videtur satis intellexisse *Martini ad eand. n.* 10. dum inter requisita huius pecuniæ hoc ponit, *ut ex titulo familiæ erciscundæ & caussa divisionis absque præcedente venditione coheredi pro sua portione assignetur pecunia.* Pugnat hoc aperte cum mente legislatoris Saxonici, etsi iuri communi conveniat. In eo vero utrumque ius, Saxonicum & commune, iterum convenit, quod usurarum præstatione privilegium pecuniæ hereditariæ perimatur. Mutuum enim tunc intercedit, arg. *L. 4. C. de Pactis inter emtorem & venditorem.* Sic mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XIII. iudicavimus: 3. Johann Georg Käyser mit 22. Thaler, Johann Conrad Käyser mit 10. Thaler, Christoph Käyser mit 22. Thaler, Ilse Margarethe Käyserin mit 42. Thaler Erbe-Gelder, wenn dieselbe zuförderst in supplementum schweren, daß sie solche Summen wegen ihres Erbtheils wahrhaftig zu fodern haben. Daferne aber doch die übrige Gläubiger zu erweisen vermöchten, daß besagte Liquidanten die Mühle an den gemeinschaftlichen Schuldener verkaufet, oder Zinsen von den ihnen ausgemachten Geldern genommen, so seynd die Posten in der letzten Classe unter die nudos chirographarios zu setzen. V. R. W. Rat. dec. Nachdem Anfangs die Concurs-Kosten gesetzet worden, so hat die folgende Stelle den Erbe-Geldern, welche des Schuldeners Geschwister aus den von ihrem Vater herrührenden Gütern zu fodern hat, gebühret, in Erwegung, daß ihnen wegen solchen Erbtheils das Eigenthum an besagten Gütern zustehet. Und ob sie wol keinen andern Beweis, als des Schuldeners Bekänntniß, vor sich haben, so ist doch solches, da die præsumtion ihnen gleich

zu statten kommt, genugsam zum iuramento suppletorio geachtet worden. Jedoch, da die Erbe-Gelder ihr Privilegium verlieren, wenn dieselbe durch Verzinsung in ein mutuum verwandelt, oder die Güter durch ordentlichen Kauf einem von den Erben zugeschlagen werden; So haben wir, wenn die übrige Gläubiger dieses erweisen könnten, besagte Gelder in die letzte Classe verwiesen.

SPECIMEN CCCCLXXXIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

CETERIS PRIMAE CLASSIS CREDITORIBVS.

I.

Sumtus morbi & vestes lugubres ad impensas funeris magis ex consuetudine, quam ex lege referuntur.

II.

In actione funeraria contra heredes multæ impensæ admittuntur, quæ in concursu creditorum repelluntur.

Impensæ funebres quodammodo extra concursum solvuntur. Solent enim, ut Martianus in *L. pen. de Religiosis* loquitur, omne creditum præcedere, quum bona solvendo non sunt. Ad has impensas funebres referunt sumtus in ultimum defuncti debitoris morbum factos. Qua de re legem quidem in iure communi non habemus. Nam, quæ vulgo adferuntur *lex* 3. *C. de Religiosis &* *lex*

lex 4. *C. de Petitione hereditatis* nihil, quod huc trahi poſſit, continent. Sed æquitas tamen iſtis ſumtibus patrocinatur, & praxis indubia eſt, quam legislator *Saxo in Ordinatione proceſſus vetere* §. 6. & *recognita* §. 4. firmavit. Eadem praxis huc refert veſtes lugubres, domeſticis, viduæ & liberis defuncti dandas, quas tamen excludere magis videtur *l.* 37. *pr. de Religioſis*, quæ funeris ſumtum definit omne id, quod corporis, hoc eſt cadaveris, cauſſa erogatur. Sed impenſis his, quamvis mores Germaniæ eas ubivis admittant, modum ſtatui oportet. Aiunt communiter, in faciendis iis ad dignitatem defuncti reſpiciendum eſſe. Et ſufficiet hoc utique, ſi actio funeraria contra heredes inſtituatur, non etiam, ſi contra creditores. Hi enim impenſas multas non admittent, quas heredes ferre obſtricti ſunt. Colligimus hoc clare ex *L.* 14. §. 6. *de Religioſis*, quæ rationem facultatum eius, in quem impenſa facta eſt, haberi iubet. Rem exemplo illuſtrabo. Deceſſerat vir præcipuæ & antiquiſſimæ nobilitatis, magni regis conſiliarius ſecretus, multo ære alieno obrutus. Funus eius magni conſtiterat. Inhumatus fuerat in templo, quum alibi minore impenſa humari potuiſſet. Sed noluimus tamen circa loci pretium ſcrupulum movere, quum hoc ſimpliciter in *L.* 37. *pr. de Religioſis* admittatur. Admiſimus etiam, quæ uxor in ſuum, ancillarum ſuarum & ſervuli veſtitum impenderat. Sed illa præterea atro panno equos ſuos, currum, conclavia texerat. Huius quoque pretium repetebat. Nec negari poterat, hunc ſumtum ex more regionis & ſecundum dignitatem mortui mariti factum eſſe. Recuperaſſet ergo eum ſine dubio, ſi cum heredibus litigaſſet. At contra creditores actionem denegavimus, quod ratio facultatum habita non eſſet. Sic itaque menſe Octobri anni CIƆ IƆ CC XXIV. iudicavimus: 2) die teutſche reformirte Kirche mit 74. thlr. die Wittwe mit 80. thlr. Trauer-Koſten, D. Flam-

berg mit 52. thlr. D. Menzelius mit 30. thlr. D Schünemann mit 8. thlr. die Apothekere mit 28. thlr. 2. gr. 6. pf. Uebrigens wird der Kauffmann Peine mit den 29. thlr. 6. gr. 3. pf. Trauer-Waaren von der Wittwe vergnüget. V. R. W. Rat. dec. Die zweyte Stelle haben die Begräbniß-Kosten, das Arzt-Lohn und Apotheker Schuld. Unter den Begräbniß-Kosten stehet auch vermöge der Proceſs-Ordnung das, was die Wittwe auf ihre Trauer gewendet, welches wir Kraft gedachter Proceſs-Ordnung in etwas moderiret, und davon die Schuld bey Peinen, indem die von selbigem hergegebene Waaren nicht zur Nothwendigkeit sondern Ueberflusse gedienet, gänzlich ausgeschlossen.

III.

Etiam vidua ſumtus in funus mariti obærati factos ex concurſu repetit.

IV.

Qui pro impenſis funebribus debitoris obærati fideiuſſerunt, nequeunt tamen conveniri, ſi ſolutio ex concurſu fieri poſſit.

Vidua, quum mariti obærati funus ducendum eſſet, atque mercatores pannum & cetera neceſſaria credere detrectarent, ſuam patrisque ſui fidem interpoſuerat; quam ſequuti mercatores omnia, quibus opus fuerat, ſuppeditarant. Excitato deinde concurſu, quum ipſi quoque inter creditores comparerent, a curatore litis ad viduam ablegabantur, idque ex duplici ratione, primum, quod, ſicut maritus uxorem facultates nullas habentem in ſubſidium ſepelire cogitur, *L.* 28. *de Religioſis*, ita & uxor, inter quam & maritum iura reciproca ſunt, arg. L. 22. §. 7. *Soluto matrimon.* ad idem obligetur, adſtipulante *Carpzovio P.* 3. C. 25. *Def.* 7. deinde, quod vidua, dum interceſſiſſet, ipſa quodammodo de ſuo ſumtum feciſſe videatur, nec tamen de repetitione proteſtata eſſet, ideoque, quod pietatis cauſſa impenderit, repetere nequeat, *L.* 14. §. 7. *de Religioſis.*

Sed

Digitized by Google

Sed facilis ad utramque rationem eſt reſponſio. Quod ad primam, agnoſcimus quidem ſubſidiariam uxoris ad maritum funerandum obligationem. Sed non opus eſt ſubſidio, ubi maritus bona ipſe reliquit, quamvis ære alieno obruta. Nam æs alienum prius non deducitur, quam impenſæ funebres ſolutæ fuerunt, id quod de uxoris funere clare conſtitutum eſt in *L.* 26. *de Religioſis.* Deinde proteſtatio conſilii magis eſt, quam neceſſitatis. Itaque omiſſio eiusdem non excludit actionem funerariam, ut ex ipſa *L.* 14. §. 7. *de Religioſis* patet. Præterea in fideiuſſione non eſt animus donandi. Omni quippe fideiuſſioni tacite ineſt pactum, ut prius facultates eius, pro quo fideiuſſimus, excutiantur, *Novella* 4. *cap.* 1. Admiſimus ergo mercatores ex his rationibus: Zwar will der Curator bonorum auch die reformirte Gemeinde mit ihrer Prætenſion an die Wittwe und deren Herrn Vater weiſen, vorgebende, dieſelbe hätten vor die Begräbniß-Koſten zu ſtehen verſprochen. Allein zu geſchweigen, daß ſolches noch nicht einmal erwieſen, ſo würde es doch, wenn es auch erwieſen wäre, wenig zur Sache thun, indem ſolche Worte nichts weiter als eine bloſſe Bürgſchaft in ſich begreifen, mithin der Concurs gleichwol als Haupt-Schuldener obligiret bleibt, und nicht zu vermuthen iſt, daß die Wittwe, welche bey gegenwärtigem Concurſe das ihrige auf das genaueſte ſuchet und nichts verſchenket, die Begräbniß-Koſten ſchenken wollen, da ſie doch ſelbige ſo gar in dem Falle des würklichen Vorſchuſſes zu fordern berechtiget geweſen.

V.

Creditum in alimenta debitoris ad primam claſſem referri nequit.

Creditum in alimenta debitoris, das Koſt-Geld, nullum in iure ſcripto privilegium habet, quamvis ex æquitate aliquod mereatur. Certe in academia Iulia, ſiquidem concurſus creditorum excitetur, excitatur autem ſæpiuſcule, conſtanti uſu a maioribus receptum accepimus, ipſique

que perpetuo servavimus, ut creditum in cibaria aliis creditis anteferamus. Sed, ubi istiusmodi consuetudo non viget, creditum hoc in quartam classem reiiciendum est, etsi dissentiat *Strykius*, cui ICti Helmstadienses mense Iunio CIↃ IↃ CC XXII. responderunt: Was drittens das Kost=Geld betrift, so will Milde zwar damit ad primam classem gebracht werden, und berufet sich dieserwegen auf *L. 6. pr. qui potiores in pignore*, ingleichen *Strykium ad Brunnemannum de concursu creditorum cap.* 5. §. 18. Allein der allegirte Text handelt nur von solchen Alimentis, welche dem Concurse zum besten und zu Erhaltung der demselben zustehenden Güther und Einkünfte hergegeben werden, und ist demnach auf die dem Schuldener selbst gereichte Alimenta, als woraus der Concurs nicht den geringsten Nutzen gezogen hat, nicht zu erstrecken. Folglich muß sich Milde dieses Postes halber mit der vierten Classe begnügen.

COROLLARIA.

1. Si debitor obæratus ante motum concursum moritur, impensæ in funus eius ex bonis relictis fiunt. Si post concursum excitatum obit, ut alii pauperes, gratis sepelitur. *Carpzov. Iurisprud. eccl. lib. 2. def. 374.*

2. In prima creditorum classe collocatur etiam merces domestica famulorum, das Liedlohn. Legem quidem, quæ mercedem hanc accurate definiat, non habemus, quum privilegium id magis ex consuetudine, quam iure scripto, pendeat. In eo tamen ICti fere conveniunt, quod aliter id locum non habeat, quam, si is, qui operarum suarum mercedem petit, 1) in domo, 2) in convictu, 3) in familia debitoris fuerit. Vide *Mevii ius Lubec. P. 3. tit. 1. art. 11. n. 63.* Nautæ vero ministrique nautici nunquam in domo & familia, sæpe nec in convictu exercitoris vivunt, aut victum saltem ad breve tempus accipiunt. Itaque stipendia nautarum privilegium mercedis

mercedis domesticæ, des Liedlohns, in concursu creditorum non habent. Dixi in *Specim. CLIX. de Exercitoria act. med. 6.* In Saxonia de mercede famulorum legem claram habemus *in Ordinat. recognita processus tit. 42. §. 5.*

SPECIMEN CCCCLXXXV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

SECVNDA CREDITORVM IN CONCVRSV CLASSE

SEV DE

HYPOTHECIS PRIVILEGIATIS

PVBLICE CVM SEQVENTI SPECIMINE DEFENSVM

A

CHRISTOPH. FRIDER. WEDEKIND

HANNOVERANO, LL. CVLT.

D. XIII. AVGVST. CIↃ IↃCC XXIX.

PRAEFATIO.

In concursibus creditorum præcipuæ circa hypothecas earumque inter se collocationem lites nascuntur, quibus omnibus excutiendis ac decidendis nec centum volumina sufficient. Nostri igitur instituti ratio scriptique brevitas singulas persequi non sinit. Delibabimus saltem aliquot ex argumento vastissimo observationes, quæ digniores nobis visæ sunt, atque eas duobus capitibus comprehendemus, quorum prius de hypothecis privilegiatis, seu

Digitized by Google

ſeu ius prælationis adnexum habentibus, adeoque in ſecunda creditorum claſſe collocandis, alterum de hypothecis ſimplicibus, quæ vulgo ad tertiam creditorum claſſem referuntur, aget.

I.

Qui in refectionem rei, durante concurſu, credit, in prima creditorum claſſe collocatur, qui ante concurſum, in ſecunda.

II.

Neceſſe tamen eſt, ut expreſſe in refectionem creditum ſit. Sola verſio non ſufficit.

Qui in conſervationem & refectionem rei credunt, his iura noſtra in *L.* 5. *Qui potiores in pignore*, *L.* 8 *Depoſiti*, *L.* 29. §. 2. *de Pignoribus* hypothecam cum prælatione tribuunt. Multum vero hic intereſt, utrum quis pendente concurſu, an ante eum, crediderit. Qui, fervente iam concurſu, in refectionem credidit, ante omnes alios in primo loco primæ claſſis inter ipſos ſumtus in concurſum factos collocatur, atque adeo mercedi etiam domeſticæ præfertur, quemadmodum in *Specimine CLIX. de Exercitoria actione med.* 5. oſtenſum, atque in Saxonia per expreſſam legem in der erläuterten *Proceſs - Ordnung tit.* 42. §. 1. firmatum fuit. Qui vero ante concurſum credidit, is, quamvis ſibi pignus ſtipulatus non ſit, habet id tamen, *L.* 1. *In quibus cauſſis pignus*, etiam cum privilegio prælationis, *L.* 5. *Qui potiores in pignore*, ſed poſt fiſcum demum, ut *lex* 34. *de Rebus auctoritate iudicis* loquitur. Quod interpretes in explicant, ut creditorem iſtiusmodi in ſecundam claſſem reiiciant. Vnum tamen hic eſt, quod moneo, non ſufficere creditum, nec etiam refectionem, ad ius pignoris & prælationis conſequendum, ſed neceſſe eſſe, ut expreſſe in refectionem creditum ſit, *Nov.* 97. *cap.* 3. & 4. ibi: *expreſſim*, *L.* 1. *In quibus cauſſis pignus.* Adde *Martini in Proceſſu tit.* 43.

43. §. 6. *n.* 7. *sqq.* Sic ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CC XXVII. iudicarunt ex his rationibus: Dann folget die Burgermeisterin Dietrichen mit ihrer privat-Hypothec. Zwar will dieselbe andern Gläubigern vorgesetzt seyn, aus der Ursache, daß das Capital zu Wiederaufbauung des verbrannten Hauses angewendet worden. Allein dieses ius prælationis kommt nur denjenigen zu, welche das Geld ad refectionem ausdrücklich herleihen, und solches der Obligation einverleiben lassen. Dahingegen ist in der Pfand-Verschreibung kein Wort von der Refection enthalten. Also haben wir auf dieses der Liquidantin Suchen keine Reflexion gemachet.

III.

Qui ad emendum credit, ius prælationis non aliter consequitur, quam si hypothecam sibi 1. *expresse* 2. *statim* 3. *legitime stipuletur, atque res vere pecunia eius comparetur.*

Ait Iustinianus in *Novella* 97. *c.* 3. posteriores creditores, quorum pecuniis res emta est, iis, qui etiam multo antiquiores sunt, tamen priores existere. In ista Novella non novum ius constituitur, sed vetus commemoratur saltem, ut ex verbis eius manifestum est. Refert enim se Iustinianus ad privilegia a legibus data. Quæ proinde investigari oportet. Sedes nempe huius privilegii est *lex* 7. *C. Qui potiores in pignore*, ex qua explicari debet Novella. Constat ex ista L. ei, qui ad emendum credit, non aliter privilegium competere, quam si 1. res vere eius pecunia comparata probetur, 2. eadem credenti specialiter, h. e. expresse & 3. statim sive in ipso contractu obligata sit. Addendum est 4. ut obligatio legitime secundum iura & mores loci fiat, arg. *Novellæ* 136. *c.* 2. Itaque in Saxonia ceterisque terris, in quibus res immobiles, nisi iudicialiter, obligari

ligari nequeunt, is, qui pecuniam ad prædium comparandum credit, privilegio non gaudebit, nisi hypothecam a iudice confirmari curarit. Porro, quum feudo pignus sine domini consensu imponi non possit, 2. *F.* 55. *pr.* is, qui ad emendum feudum pecuniam mutuam dat, quamvis pignus sibi in ipso contractu stipulatus sit, si tamen hoc inscio domino factum est, ius nullum consequetur. Vide *Carpzovium decisione* 56. Secundum hæc iudicarunt ICti Helmstadienses mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XVI. Crediderat quis pecuniam in emtionem feudi, atque hypothecam sibi in feudo emto statim stipulatus erat, sed consensum domini post aliquot demum annos petierat obtinueratque. Excitato deinde contra emtorem concursu, ius prælationis sibi vindicabat; sed frustra. Etsi enim hypothecam sibi statim stipulatus esset, hoc tamen in feudo non sufficit, sed ibi præterea consensus domini requiritur. Hunc ergo statim implorari oportuisset. Quod quum factum non esset ab initio, sicut lex ista iubet, sed ex intervallo demum, memorato creditori nullum prælationis ius competebat, sed locus demum post creditores, qui intermedio tempore hypothecam obtinuerant, adsignabatur.

IV.

Communis opinio, qua venditor, qui sibi in re vendita ratione pretii pignus saltem extraiudicialiter stipulatur, hypothecis iudicialibus a debitore constitutis præfertur, exploditur.

Venditor legem, quamcunque vult, rei suæ dicere potest, atque in emtoris potestate non est, quidquam facere, quod conventioni in ipsa venditione initæ contrarietur, *L.* 13. *Communia prædiorum*, *L. ult. C. de Pactis inter emtorem.* Si itaque venditor, dum vendidit, hypothecam sibi pro pretio nondum soluto stipulatus est, emtor nequit

nequit quidquam facere, quod isti hypothecæ noceat, &, si quid facit, id eatenus, quatenus nocet, nullum est. Ergo hypothecæ ab emtore aliis constitutæ ab hypotheca venditori reservata vincuntur. Quæ quidem res tunc dubium non habet, quum utraque, quæ concurrit, hypotheca eiusdem conditionis, h. e. iudicialis, vel etiam extraiudicialis, est. At quid, si venditor sibi pignus pacto saltem extraiudiciali reservavit? hoccine etiam pignora in iudicio ab emtore constituta vincet? Ita aiunt *Carpzovius P.* 2. *C.* 23. *def.* 17. *Strykius ad Brunnemanni Concursum cred. cap.* 5. §. 13. verb. *hypothecam generalem*, *Martini in Processu tit.* 42. §. 2. *n.* 20. Hoc mihi vero iniquum videtur. Generalem habemus *legem* 11. *C. Qui potiores in pignore*, quæ pignora privata publicis anteponit, nec venditoris pignus excipit. Eius legis ratio est fides publica, quæ privatis pactionibus convelli non debet. Convellitur vero sine dubio, si venditori permittas, clandestina conventione, quam scire nemo potest, futuris hypothecis omnibus, quamvis solemnissimis, derogare. Nemo inposterum pecuniam suam possessoribus prædiorum sub hypotheca publica secure credet, quum metuendum ipsi sit, ne quis ex priscis venditoribus aliquando emergat, pignus sibi olim privatim adscriptum commemoret, atque creditores omnes posteriores providentissimos eludat. Res indigna profecto & fraudi simillima. Cur enim aperte non egit? cur hypothecam suam cum ipso contractu alienationis in tabulas publicas referri non curavit? Quibus recte consideratis, damno communem opinionem, qua hypotheca venditori extraiudicialiter reservata pignoribus iudicialibus anteponitur. Non diffitebor tamen, Præsidem ipsum olim communi opinione, quam tunc nondum satis excusserat, abreptum sic nomine ICtorum Helmstadiensium mense Februario anni CIↃ IↃ CCXVIII. respondisse: Auch mögen Ap-

pellanten

pellanten deshalben, daß diese hypothec aussergerichtlich verschrieben worden, kein Vorrecht sich anmassen, weil das einer solchen zu Zeit des Verkaufes reservirten hypothec anklebende ius prælationis keine gerichtliche Insinuation erfodert.

V.

Hypotheca venditori ratione pretii etiam iudicialiter reservata postponitur tamen pignoribus omnibus, quæ ante venditionem prædio inhæserunt.

Exhibet *Bergerus in Electis discept. for. pag.* 1359. normam concipiendæ in concursibus creditorum sententiæ designatoriæ, quam in congressu ordinum Saxonicorum præscriptam dicit. Ea ceteroquin bona & accurata aliquid tamen habet, quod displicet. Nempe inter creditores primæ classis hos tertio & quarto loco positos reperies: 3. das rückständige Kauf-Geld, es sey gleich An- oder Tage-Zeit-Geld, wenn deswegen der Verkäufer beym Kauf ihm nur die hypothec oder das Eigenthum an dem erkauften Stücke vor oder auch ausser Gerichte vorbehalten. 4. diejenige Schuld, für welche das Gut, ehe und zuvor der Schuldner dasselbe an sich gebracht, *in specie* oder auch *in genere* verpfändet worden. Mirum. Si hunc ordinem admittas, liberum erit venditoribus, creditores suos omnes eludere, atque reservata sibi hypotheca eos anteire. Quod ferendum profecto non est. Creditores, quibus, antequam prædium venderetur, hypotheca constituta fuit, iure separationis omnia pignora ab emtore postea constituta vincunt, arg. *L.* 1. §. 1. 6. 9. *de Separationibus*. Vide *Specimen Præsidis CCXXXVI. de Subhastatione hypothecas exstinguente med.* 5. Vincet ergo etiam hypothecam, quam emtor venditori constituit, atque hoc eo magis, quoniam isti creditores antiquiores ab ipso venditore vel maioribus eius caussam habent. Quapropter invertendus est Bergeri ordo, ac posteriores prioribus præferendi. Fecerunt id ICti Vitembergenses mense Octobri anni CIↃ IↃ CC IX. atque sic

Digitized by Google

ſic in dem Beukertſchen Concurſe iudicarunt: 3. die Kirche zu Burckertswalde mit 52. Rthlr. 12. Gr. nebſt dem Intereſſe moræ, wegen des noch vor Erkaufung des Gutes de anno 1688. darauf haftenden gerichtlichen Unterpfandes; 4. Chriſtian Schöckel mit 308. Rthlr. unbezahltem Kauf-Gelde, ſo aber mit 15. Fl. jährlich von 1706. ſeinen Anfang nimmt, Kraft vorbehaltener *hypothec de anno* 1691. Firmavit hoc deinde clara lege potentiſſimus Poloniarum rex, & *in Ordinatione proceſſus recognita tit.* 42. §. 6. & 7. pignora, quæ prædio, antequam a debitore adquireretur, inhæſerunt, antepoſuit hypothecæ a venditore reſervatæ.

COROLLARIVM.

In *Ordinatione recognita proceſſus Saxonici tit.* 43. hæc ſecunda creditorum claſſis prorſus abolita atque tertiæ ſimplicium hypothecarum claſſi immixta eſt.

SPECIMEN CCCCLXXXVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

TERTIA CREDITORVM CLASSE

SEV DE

HYPOTHECIS SIMPLICIBVS.

I.

Poſſeſſio pignoris creditori poſſidenti in concurſu adverſus alios creditores, antiquiorem hypothecam habentes, non prodeſt.

 II.

Digitized by Google

II.

Liberat tamen eundem a pœna præclusi.

Iure Romano inter hypothecam simplici conventione constitutam & pignus, cuius possessio in creditorem transfertur, quodque Germani ein handhabend Pfand vocant, nihil præter nominis sonum interesse, Marcianus in *L.* 5. §. 1. *de Pignoribus* ait. Scilicet traditio creditori ius potius non tribuit, sed antiquitas temporis. Nam creditor, cui hypotheca saltem per conventionem constituta est, creditori, cui res eadem postea obligata atque simul tradita fuit, ita præfertur, ut ab hoc eam actione hypothecaria vindicare possit, *L.* 12. *Qui potiores in pignore.* Turbat hæc res aliquantulum securitatem fidemque publicam, & efficit, ut in angustiis rei pecuniariæ constituti, oblatis licet pignori rebus pretiosissimis, tamen difficilius creditorem, qui ipsis subveniat, reperiant, metuente unoquoque, ne res, quæ afferuntur, ante iam hypothecæ vinculo innexæ aliquando ab antiquiore creditore vindicentur. Veteres igitur Germani, priusquam leges Romanas reciperent, conventionales hypothecas ignorarunt prorsus, atque ei tantum, cui res simul tradita fuerat, ius pignoris tribuerunt. Quod postea, introductis romanis legibus, mutatum atque hypotheca cum pignore exæquata fuit. Animadverterunt tamen incommodum, quod hinc nasceretur, *Lubecenses*, atque *in P.* 3. *Iuris sui tit.* 4. *art.* 5. pignus, ein handhabend Pfand, etsi tempore posterius, hypothecæ anteriori prætulerunt, ac constituerunt, ut, qui pignus tenet, contra alios securus sit. Idem *in statutis Hamburgensibus P.* 2. *tit.* 4. *art.* 2. sancitum. Potentissimus quoque legislator *Saxo in Ordinatione processus recognita tit.* 44. §. 2. pignus mobile, si creditori traditum sit, ceteris creditoribus omnibus antefert, atque iis saltem, qui in prima classe locum habent, postponit. At in aliis locis, atque in Saxonia etiam,

Digitized by Google

iam, quod ad res immobiles, ius Romanum viget, ut in concursu creditorum posteriores, qui pignus possident, id cum fructibus post motum concursum perceptis ad constituendum corpus bonorum exhibere cogantur. Qua de re satis dictum a *Præside in Specimine CCXXXI. de Prioritate temporis in pignoribus medit.* 2. Hactenus igitur possessio pignoris creditori possidenti non prodest, prodest tamen alia ratione, ut nempe eum a pœna præclusi liberet. Solent videlicet possessores pignorum, quando concursus creditorum contra debitorem, a quo caussam habent, excitatur, taciti possessioni suæ incubare, nec vel edictalem citationem, vel comminationem præclusionis, vel sententiam præclusivam ipsam curare. Nec expergiscuntur prius, quam ipse curator litis aut bonorum dormitantes excitat, atque, ut pignora sua in iudicium deferant, interpellat. Tunc demum, amissa possessione, sese inter creditores recipi flagitant. Opponit curator præclusionem factam, & negat, illos porro audiendos esse. Ego tamen, illis hanc præclusionem nocere, haud puto. Namque edictalis citatio, quæ in principio concursus decerni solet, eos solos obligat, qui ipsi agere, & ius suum persequi volunt, non eos, contra quos nomine concursus actio instituenda est. Hi libellum & peculiarem citationem securi exspectant, neque exceptiones, quas habent, taciturnitate amittunt. Ex horum numero sunt creditores possidentes. Hi, quamdiu pignus tenent, actionem hypothecariam non habent. Frustra igitur & ridicule nomina inter creditores profiterentur. Sed, si ipsi deinde rei vindicatione conveniuntur, tunc exceptionem pignoris opponunt, quam ante institutam contra ipsos actionem obiicere nulla ratione potuissent. Vide *L.* 15. §. 5. *de Re iudicata.* Adde *Mevium P.* 7. *dec.* 250. Sic ergo ICti Helmstadienses mense Iulio

anni CIↃIↃCCXXVII. responderunt: Siebentens 10. Reichs-Thaler sammt den Zinsen vom 21. Februar. 1727. Johann George Rittern, welcher dagegen das Pfand ausantworten, und daß er von dem Schuldener sonst weiter nichts habe, schweren muß. V. R. W. Rat. dec. Nach ihnen stehet Ritter mit den auf Unterpfand gelichenen 10. Reichs-Thalern, welches er ad concursum herausgeben, und, daß er nicht mehr in Händen habe, schweren muß. Unterdessen schadet ihm doch nicht, daß er sich in Ansehung des in Händen gehabten Pfandes in termino liquidationis nicht gemeldet, sondern das ius retentionis so lange, bis der Contradictor ihn in Anspruch genommen, exerciret, und dadurch sein Recht conserviret. Similiter ICti Vitembergenses mense Maio anni CIↃIↃCCXXX. iudicarunt, atque hoc ad eum etiam casum, quo lex provincialis possessorem pignoris possessionem hanc iudicio indicare, sed sine determinatione temporis, iubet: Es ist die von dem Curatore litis wider die Amts-Räthin Hantelmannin eingewendete Supplication unerheblich, und stehet ihr die wegen ihres späten Angebens vorgeworfene Præclusion nicht im Wege, da der 53. Artickel der Braunschweigischen Wechsel-Ordnung einem jeden Wechsel-Gläubiger an den ihm zum Unterpfande gesetzten Effecten die Priorität vor andern creditoribus zuspricht, und ihm nur bey entstehendem Concurse, solche Effecten dem iudicio anzuzeigen und gerichtlich taxiren zu lassen, anbefiehlet, gleichwol hierbey weder eine gewisse Zeit bestimmet, noch die pœnam præclusi hinzu setzet, also es darunter bey Verordnung der gemeinen Rechte lässet, nach welchen ein Pfand-Innhaber bey entstehendem Concurse sich selbst anzugeben und in den Concurs zu mischen nicht schuldig ist, sondern so lange still schweigen kann, bis er von dem Curatore oder den übrigen Gläubigern actione pignoratitia belanget und das Pfand abgelöset, oder deshalb genugsame Sicherheit gestellet wird.

III.

Digitized by Google

III.

Possessor pignoris, qui pignus pendente concursu alienavit, ad pretium cum usuris inferendum compellitur.

Thesi huic graviter obstare videtur, quod Præses in *Specimine CCXXIV. de Actione hypothecaria medit.* 1. cum *Carpzovio P.* 2. *C.* 23. *def.* 12. *n.* 7. dixit, actionem hypothecariam contra eum, qui pignus vendidit, etsi pretium inde redactum adhuc possideat, institui non posse. At facilis est responsio ex illo ipso loco. Dictum fuit securum esse, qui pignus bona fide vendidit. Illa bona fides ei etiam in concursu prodest. Ergo si pignus, antequam concursus excitaretur, vendidit, securus est, arg. L. 6. §. 6. *Quæ in fraudem credit.* At, qui dolo malo possidere desiit, actione hypothecaria utique tenetur, *L.* 16. §. 3. *de Pignoribus.* Desinit vero dolo malo possidere, qui scit, alium in ea re, quam tenet, ius potius habere, atque illam tamen vendit. Et hoc ignorare non potuit possessor pignoris excitato concursu. Nota quippe est *lex* 12. *pr. Qui potiores in pignore*, quæ creditorem possidentem antiquioribus creditoribus postponit. Sed rem exemplo illustrabo. Hugo Wiperto creditori suo nomina quædam pignorat, ipsasque cautiones super iis confectas tradit. Excitato deinde contra Hugonem concursu, Wipertus nomina sibi pignorata exigit. Innotescit tandem res ceteris creditoribus. Hi ergo Wipertum, ut exactam pecuniam in commune conferat, monent, reluctantem in iudicium trahunt. Probe scilicet observandum, non delegationem aut adsignationem ex parte Hugonis hic intercessisse. Nam delegatio vera solutio est, *L.* 187. *de Verborum signif.* atque creditori, qui per eam suum tempestive consequutus fuit, dolus obiici nequit. Sed, ut dixi, simplex oppignoratio facta erat, atque adeo creditores antiquiores ius suum in cautionibus istis retinuerant. Quare sic responderunt ICti Helmstadienses mense Augusto anni

anni CIↃIↃCCXIV. Wird gefraget, ob Wipert nicht verbunden sey, die wegen seiner Foderung von 5000. Rthlr. in Händen habende Fürstliche Wechsel-Briefe, oder, daferne er solche bereits bezahlet bekommen, sowohl das Capital als Interesse der massæ bonorum des Hugo auszuliefern, und sich wegen dieser Schuld nebst andern Gläubigern an das sämmtliche Vermögen zu halten. Nun wendet zwar Wipert vor, es wären ihm die Fürstliche Wechsel-Briefe rechtmäßig versetzet worden, und hätte er demnach, sich aus selbigen bezahlt zu machen, gute Macht gehabt, ferner könne ihm auch das Interesse von seinem ausgeliehenen Capitale nicht abgesprochen werden. Weil aber obbesagte Fürstliche Wechsel-Briefe dem Wipert nicht cediret, sondern nur versetzet worden, diesemnach derselbe daran kein weiteres Recht als andere creditores hypothecarii hat, auch, ungeachtet seines Besitzes, das Pfand, wenn ältere und ihm vorgehende Gläubiger vorhanden, auszuantworten verbunden ist, hiernächst kein Gläubiger sich selbst bezahlt machen kann, insonderheit, wenn andere Creditores den Schuldener bereits in Anspruch genommen und den Anfang zum Concurs gemacht, ferner höchst unbillig wäre, wenn Wiperten, der von seinen 5000. Rthlr. die Zinsen bis anno 1707. gehoben, das Wechsel-Lagio von 1704. an gelassen würde; So ist Wipert die ihm ausgelieferte Fürstliche Wechsel-Briefe, oder, daferne er solche bereits bezahlt bekommen, das gehobene Capital und Interesse ad massam bonorum des Hugo auszuantworten, und sich nach dem Exempel anderer Gläubiger an das sämmtliche Vermögen zu halten schuldig.

IV.

Oppignoratio documentorum pignus in re ipsa tribuit.

V.

Sed hoc pignus saltem privatum est, etsi documenta publica sint.

Notum

Notum est ex *L. 2. C. Quæ res pignori*, per oppignorationem instrumentorum rem ipsam, de qua instrumenta agunt, oppignoratam censeri. Qua de re plura vide in *Specimine CCXXIII. de Pignoribus, medit. 4.* Quum vero instrumenta, quæ pignorantur, plerumque publica sint, quæsitum est aliquando, utrum pignus ipsum in istiusmodi documentis fundatum publicum sit, an privatum. Et est sine dubio privatum. Nam publicum pignus non ex qualitate rei pignori datæ, sed ex modo pignorandi diiudicatur, *L. 11. C. Qui potiores in pignore.* Sic igitur iudicarunt ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃ IↃCCXXVIII. Daß die Galicin mit acht Thalern in der fünften Stelle zu setzen, und den chirographarischen Gläubigern vorzuziehen sey. V. R. W. Rat. dec. Was die Galicin belanget, so hat sie zwar durch den empfangenen Kauf-Brief auf dem Hause selbst ein Pfand-Recht bekommen. Gleichwol ist dieses Pfand nur privatum, weil über die Verpfändung selbst niemalen ein Instrumentum publicum errichtet worden, ungeachtet der Kauf-Brief ein Instrumentum publicum ist; und ist es lächerlich, daß Leuterantin sich ein öffentliches Pfand-Recht von dem dato des Kauf-Briefes an zuschreibet. Denn, wenn dieses angienge, so würde der jüngste Gläubiger mit leichter Mühe ein hundertjähriges pignus auswürcken, und damit den ältesten creditoribus vorspringen können.

VI.

Hypotheca coram tribus testibus constituta publica est, & hypothecam iudicialem tempore posteriorem vincit.

VII.

Necesse tamen est, ut instrumentum a tribus testibus sit subscriptum.

Digitized by Google

Clara est *lex* II. C. *Qui potiores in pignore*, in qua instrumentum super hypotheca confectum & a tribus vel amplius probatæ atque integræ opinionis viris subscriptum quasi publicum accipitur. Ea lex in iis provinciis, in quibus contrarium constitutum non est, etiam hodie viget, ut adeo tale testimoniale pignus iudiciali æquipolleat, eidemque, si tempore prius sit, anteponatur. Qua de re dictum in *Specimine* CCXXX. *de Pignore publico, medit.* I. Vnum hic addo, præsentiam trium testium non sufficere, sed eorundem subscriptionem desiderari. Clare hoc & pro forma in supra memorata lege præcipitur. Quare ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXVIII. hypothecam, super qua conventio coram tribus testibus inita fuerat, pro privata declararunt ex his rationibus: Nach ihnen folget Kuhlenkampf mit seinem durch die Exsequution und Immission erlangten öffentlichen Unterpfande. Zwar will derselbe solch Unterpfand noch von längerer Zeit, nemlich von dem dato des Wechsels, anrechnen, und berufet sich auf den *L.* 2. C. *Qui potiores in pignore.* Allein derselbe fodert ausdrücklich dreyer Zeugen Unterschrift, welche hier mangelt. Ceterum in electoratu Saxoniæ hypothecæ hæ coram tribus testibus constitutæ abrogatæ sunt penitus per *Ordinationem Processus recognitam tit.* 46. §. I.

VIII.

Pignus, cuius constituti dies vel plane non vel saltem generaliter, e. g. *in nundinis, expressus est, aliis pignoribus, quibus certus dies adscriptus fuit, postponitur.*

In *L.* 138. *pr. de Verborum oblig.* constitutum est, si quis certarum nundinarum diebus sibi dari stipuletur, ante finem nundinarum petere nihil posse. Idem in *L.* 42. *eodem* in §. 2. *I. eodem* & §. *ult. I. de Inutil. stipulat.* habetur. Quæ

Digitized by Google

Quæ iura adhuc hodie ſine dubio obſervantur, quoties dies ſolutionis generaliter deſignatus eſt. At accidit interdum, ut dies quidem ſolutionis certus, dies vero contractæ obligationis vage & generaliter poſitus ſit, quæ res poteſt maximas lites ſuſcitare. Vt ecce: Lex eſt: in concurſu creditorum hypothecæ privatæ ſecundum tempus, quo conſtitutæ fuerunt, collocantur, *L.* 2. *C. Qui potiores in pignore.* In concurſu quodam duo creditores invicem acerrime de potiore loco contendebant. Ambo hypothecam habebant. Sed alteri eadem generaliter in nundinis hyemalibus Brunſuicenſibus anni 1725. alteri die ſeptimo Februarii, qui dies in illas ipſas nundinas incidebat, conſtituta fuerat. Ipſi, ad quos acta menſe Iulio anni CIↃ IↃ CCXXVII. perferebantur, ICti Helmſtadienſes invicem diſſidebant. Aliqui eum, qui hypothecam generaliter in nundinis acceperat, præferebant, arg. *L.* 66. *de Iudiciis*, alii utrumque uno loco ponendum atque pignus inter ipſos dividendum cenſebant, arg. *L.* 10. *de Pignoribus.* Sed vicit eorum ſententia, qui pignus die 7. Februarii datum anteponebant. Etſi enim pignus etiam ſine die & conſule conſtitui poſſit, *L.* 34. §. 1. *de Pignoribus*, melius tamen & cautius ſine dubio agit creditor, qui certum diem deſignari curat. Ergo ſi quis creditor id non facit, vel tamen in determinando tempore negligentior eſt, contra hunc, quia clarius loqui debuiſſet, interpretationem fieri oportet, *L.* 99. *pr. de Verb. obligat.* Itaque poſtpoſitus in ſententia fuit ex his rationibus: Es folgen die ſämmtliche Wechſel-Schuldner, welche wir vermöge der Herzoglichen Wechſel-Ordnung als hypothecarios nach den datis ihrer Wechſel-Briefe geſetzet, da denn die an Riepen in der Braunſchweigiſchen Licht-Meſſen Meſſe 1725. ausgeſtellte Wechſel-Briefe von dem letztern Tag ſolcher Meſſe gerechnet werden.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXXXVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

INFIMIS CREDITORIBVS

SEV DE

LIMITIBVS QVARTAE ET QVINTAE CLASSIS

PVBLICE CVM SEQVENTI DEFENSVM

A

IO. CASP. EBERHARDT Wieneken

QVEDLINBVRGENSI.

D. X. SEPTEMBR. CIↃ IↃCC XXIX.

Postquam in concursibus creditorum primum illis, qui ex singulari legum beneficio etiam sine pignore omnibus aliis præferuntur, deinde creditoribus pignus cum iure prælationis habentibus, porro hypothecariis simplicibus, tam publicis quam privatis, satisfactum est, nihil plerumque ex patrimonio debitoris & corpore bonorum superesse solet, atque hi, qui ad quartam & quintam classem referuntur, fere semper frustra inter se de potiore loco disputant. Sed solent tamen disputare, quamvis aperte videant, nihil ad se ex patrimonio iam tum exhausto perventurum, & iudex, tametsi idem animadvertat, cogitur tamen inter eos pronunciare atque suum cuique locum, in quo nihil accipiat, adsignare. Etsi vero inanis sit fere semper labor, difficilis tamen est, multisque dubiis innexus, quum plerique laborent, ne in ultimam chiro-

Digitized by Google

chirographariorum classem reiecti spe omni excidant. Solet enim aliquando, quamvis rarissime, iis, qui in quarta personaliter privilegiatorum classe collocantur, pauxillum quiddam, quod capiant & partiantur inter se, relinqui. Quapropter præsente scripto fines duarum istarum classium invicem regemus, &, ubi confusi obscuratique sunt, constituemus.

I.

Quarta creditorum classis multis difficultatibus est involuta.

II.

Referuntur ad eam, qui res suas alterius fidei committunt, non tamen aliter, quam si id auctoritate publica factum.

III.

Pretium rei privatim depositæ & a depositario consumtæ inter chirographaria debita collocatur.

In quarta creditorum concurrentium classe illi collocantur, qui simplici privilegio gaudent. Nihil hic difficultatis fore, credent illi, qui regulam, quam nos ipsi subinde stabilivimus, norunt; privilegium scilicet ad has solas personas, quæ in legibus nominantur, restringi oportere, neque ICtos id cuiquam, quem lex non comprehendit, tribuere posse. Verum in præsens ista regula fere officium suum perdit. Subobscuræ sunt pleræque, ex quibus istius classis privilegia eliciuntur, leges, & ambiguum sæpe, de quo privilegio illæ agant, utrum de eo, quod supra in classe secunda memoratum est, cui scilicet ius prælationis præ ipsis hypothecis competit, an de hoc nostro, quod locum post omnes hypothecas, saltem ante chirographarios, dat. Certe aperta est pugna inter *L.* 7. §. 2. *Depositi* verbis: *ante privilegia* & *L.* 24. §. 2. *de Rebus auct. iudicis* verbis: *post privilegia.* Accedunt leges ob-

ſtantes plurimæ, quæ rem per ſe obſcuram implicant magis. Clare hoc apparet legentibus auctores, qui de hoc quartæ claſſis privilegio accuratius ſcribere inſtituerunt. Vide inprimis *Lauterbachii diſſertationem de Privilegio creditorum perſonali ſimplici.* Ego incertitudini huic remedium melius non video, quam ut, ratione legum, quæ de hoc privilegio agunt, probe conſiderata, regulas quasdam generales conſtituamus, atque creditores omnes, quotquot locus in hac claſſe debetur, comprehendamus. Illud in genere conſtat, æquitatis, quam recte horum privilegiorum cauſſam vocat *Lauterbach.* §. 12. potiſſimam rationem hic habendam eſſe. Vide *L.* 17. §. 1. *L.* 19. §. 1. *de Rebus auctor. iud poſſid.* Sed ad ſpecialiora veniamus. Placet mihi inprimis regula, quam ſtabiliunt *Mevius in Conſilio* 85. & ex eo *Martini in Analectis forenſibus tit.* 49. §. 1. *n.* 4. ut hi, quorum res fidei debitoris commiſſæ, atque ab hoc conſumtæ ſunt, in creditorum concurſu nudis chirographariis anteponantur. Ea regula non in æquitate ſolum & iure Lubecenſi, de quibus *Mevius* ſolum agit, ſed in legibus quoque Romanis fundamentum habet. Vide *L.* 7. §. 2. *Depoſiti* & *L.* 24. §. 2. *de Rebus auct. iud. poſſid.* Sed ex his ipſis LL. ut & ex *L.* 8. *Depoſit.* apparet, id privilegium non aliter locum habere, quam ſi neceſſitas aliqua & auctoritas publica creditorem inducat, ut fidem alterius ſequatur. Itaque deponentes, quorum res a depoſitariis conſumtæ amplius non exſtant, ſiquidem depoſitum privatum fuit, creditoribus chirographariis immiſcebuntur. At ſi rem litigioſam apud magiſtratum aut aliam publicam perſonam depoſuerunt, item hi, qui proxenetæ publice conſtituto res ſuas committunt, ſimplicibus creditoribus præferendi ſunt. Extendo hoc ad liberos peculium ſuum adventitium a patre obærato repetentes. Hi ſcilicet, ſi bona materna ſint, hypothecam habent, at in aliis bonis eandem

eandem non habent, *L.* 6. §. 2. *C. de Bonis quæ liberis.* Quia tamen lex ipſa eos conſtringit, ut adminiſtrationem eorum bonorum patri relinquant, ratio quoque legis ipſis privilegium ſaltem perſonale tribuit. Dictum eſt hac de re in *Specimine CLXIV. de Peculio adventitio, med.* 8. & copioſius in *Specim. CLXVI. de Pecunia luſtrica, medit.* 3. Vbi vero fides & auctoritas publica deeſt, etſi æquitas aliqua concurrat, privilegium locum non habet. Adferam exemplum: Miles quidam præſidiarius in oppido hoſpiti ſuo reculas ſuas cuſtodiendas dederat obieratque. Eius heredes depoſitum ab hoſpite repetebant. Sed hic eas adſumſerat aufugeratque. Excitato itaque creditorum concurſu, heredes militis in ultimam claſſem menſe Ianuario anni CIↃ IↃ CCXXVIII. reiecimus ex his rationibus: Den letzten Platz haben wir Lürchen mit dem Werthe der aus ſeines Bruders Erbſchaft von dem Schuldner oder deſſen Ehe-Weibe geſtohlnen Sachen eingeräumet, indem uns weder ein Privilegium noch pignus legale bekannt iſt, wodurch ihm eine beſſere Stelle zu Wege gebracht werden könnte.

IV.

Mutuum gratuitum in quarta claſſe collocatur.

Altera regula hæc eſto: quisquis pecuniam ſuam gratis credit, is in concurſu ante chirographarios, qui ſub fœnore mutuum dederunt, collocandus eſt, arg. *L.* 7. §. 2. *Depoſiti* & *l.* 24. §. 2. *de Reb. auct. iud. poſſid.* Quas leges quidem *Ant. a Mara de Concurſ. credit. lib.* 2. *tit.* 11. §. 21. ad eos ſolum, qui apud numularios pecuniam ſuam depoſuerunt, reſtringendas eſſe putat. Sed alii rectius cum *Struvio Exerc. ad D.* 44 *th.* 56. *n.* 5. æquitate & ratione legum inſpecta, eas ad omne mutuum gratuitum extendunt. Quibus & nos accedimus. Certe in electoratu Saxoniæ, ducatibus Magdeburgico & Gothano, marchionatu Luſatiæ

&

Digitized

& urbe Lubeca ſententia hæc peculiaribus legibus, quas *Martini in Proceſſu tit.* 49. §. 3. recenſet, firmata eſt.

V.

Qui in navem aut domum fabricandam, emendam, inſtruendam credit, item venditor, qui pretium navis aut domus venditæ exigit, in quarta claſſe collocantur.

VI.

Hoc ad alias res male extenditur.

Tertia regula eſto: quisquis in navem vel domum fabricandam, emendam, inſtruendam credit, aut ob eam venditam petit, in quarta creditorum claſſe collocatur. Sedes huius privilegii eſt *L.* 26. & 34. *de rebus auctor iudic. poſſid.* quæ quidem de nave ſolum agunt, ſed tamen ex ſimilitudine rationis a plerisque interpretibus ad ædificia extenduntur, acriter quidem diſſentiente *Lauterbachio in diſſert. de Privilegio creditorum perſonali ſimplici* §. 29. Nos Helmſtadii communem opinionem ſequimur. Nam quod Lauterbachius ait, privilegium hoc ob ſingularem navium favorem, & ſummam, quam reipublicæ præſtant, utilitatem introductum eſſe, concedo libenter. At ædium, quæ ſecundum *L.* 6. *C. de Ædificiis privatis* ad decus publicum pertinent, ſi non maior, certe par favor & æqualis utilitas eſt. Igitur reſpondimus aliquando, eum, qui in emtionem domus pecuniam credit, privilegium perſonale habere, quemadmodum in *Specimine CCXXVI. de Pignore tacito, medit.* II. retuli. Verum ultra ædes ad alias res hoc privilegium extendi nequit, quamvis & id a multis fieri animadvertam. His vero aperte obſtat *lex* 5. §. 17. *de Tributoria actione*, ubi privilegium hoc iis, quorum pecunia merces tabernariæ adhuc exſtantes comparatæ ſunt, denegatur.

VII.

Digitized by Google

VII.

Vſu fori ad quartam claſſem referuntur, quotquot creditores ſingularem favorem habent.

Hucusque cum lege aut tamen legis argumento loquuti ſumus. Erubeſcere iam & ſine lege loqui incipimus. Quamplurimi nempe ex iuris noſtri interpretibus hanc regulam faciunt: quotiescunque creditor ſingularem æquitatis, pietatis, miſericordiæ favorem præ ſe habet, is in quarta claſſe collocandus eſt. Prævideo omnia, quæ huic regulæ obiici poſſint, & deſpero fere de ea contra diſſentientes, ſi ex iure ſcripto diſputandum eſt, tuenda. Dico ſaltem, eam a ICtis Helmſtadienſibus, antequam Præſes in eorum collegium cooptatus fuit, receptam fuiſſe, atque etiamnum retineri. Referimus itaque huc mercedes opificum & artificum ex ratione, quam habet *Strykius ad Brunnemanni Concurſum credit cap.* 5. §. 65. Ex eadem ratione huc pertinent ſalaria officialium, honoraria procuratorum & advocatorum, item præceptorum, expenſæ iudiciales, alimenta. Ne exempla deſint, excerpam nonnulla ex ſententiis & rationibus decidendi, quas ICti Helmſtadienſes ſubinde elaborarunt. Sic menſe Novembri anni CIↃ IↃ CC XIX. reſponderunt.: In der vierzehenden Stelle seynd gesetzet die, so ein Privilegium ſimplex haben, wohin wir das Schmiede- und Rademacher-Lohn, Proceſs-Kosten, Procurator-Gebühren rechnen. Similiter menſe Novembri anni CIↃ IↃ CC XVI. Ferner kommen die perſonaliter privilegiati, wohin wir das Barbier-Geld rechnen. Ita porro menſe Iunio anni CIↃ IↃ CC XXII. Was drittens das Kost-Geld betrift, so will Milde zwar damit ad primam claſſem gebracht werden, und beruset sich dieserwegen auf *L. 6. pr. qui potiores in pignore*, ingleichen *Strykium ad Brunnemannum de Concurſu creditorum cap.* 5. §. 18. Allein der allegirte Text handelt nur von solchen Alimentis, welche dem Concurſe zum Besten und zu Erhaltung

der demselben zustehenden Güter und Einkünfte hergegeben werden, und ist demnach auf die dem Schuldner selbst gereichte Alimenta, als woraus der Concurs nicht den geringsten Nutzen gezogen hat, nicht zu erstrecken. Folglich muß sich Milde dieses Postes halber mit der vierten Classe begnügen. Der achte Liquidant, der Canzeley-Secretarius Krull, kommt mit seinen Gerichts-Gebühren in die 4te Classe. Eundem in modum mense Septembri anni CIↃIↃCCXVII. Die zweyte Stelle haben wir Hieronymo von Dasselt, weil dessen Foderung aus einer geführten Monitur herrühret, folglich vor den schlechten Chirographariis einen Vorzug hat, eingeräumet.

COROLLARIA.

1. Cambiales creditores ad quartam classem non referuntur, sed ad quintam, nisi lex illis privilegium tribuat. Vide *Specimen* CXXXIII. *de Cambio, medit.* 12.

2. Potentissimus legislator Saxo quartam creditorum personaliter privilegiatorum classem sustulit penitus, & quintæ chirographariorum simplicium immiscuit in der erläuterten *Proceß*-Ordnung *tit.* 49.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCLXXXVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. V.

DE

COLLOCATIONE VSVRARVM IN CONCVRSV CREDITORVM.

I.

Vſuræ, moto concurſu, non ſiſtuntur, ſed currere pergunt.

Circa quæſtionem, an concurſus creditorum curſum uſurarum ſiſtat, interpretes in duas partes abeunt, dum alii aientem, alii negantem ſententiam tuentur. Medius inter hos *Mevius P. 7. dec.* 245. diſtinguit inter debitorem & ceteros creditores. Illius, inquit, liberatio ab uſuris, ceſſis omnibus facultatibus, æqua eſt, dum præſtitit, quidquid potuit, & quia ceſſio liberat ab actione, dum exceptionem præſtat, quæ iſtam elidit, §. *ult. I. de Replicat. L. 3. C. de bonis auctoritate iudicis*, at ut qua creditores & inter ipſos deſinat curſus uſurarum, non reperitur iure communi conſtitutum. Hæc *Mevius*, cuius temperamentum ego probare nulla ratione poſſum. Et miror profecto, hoc ei in mentem veniſſe. Si vel maxime diſtinctio iſta locum haberet, inverti eam oporteret, atque dicere: per ceſſionem bonorum ſiſti uſurarum curſum inter ipſos creditores. Nam per ceſſionem bona creditoribus communia fiunt, ipſique in eorum poſſeſſionem veniunt, ac adeo uſuras ſibi ipſis debere non videntur. Interea quoniam debitum ipſum ante ſolutionem non peri-

Xxx 2 mitur,

mitur, atque corpus istud commune bonorum personam debitoris repræsentat, cursus usurarum nec inter ipsos quidem creditores sistitur. Vide *L.* 18. *Qui potiores in pignore.* At quod ad debitorem res minus dubii habet. Errat Mevius, si putat, eum cessione bonorum liberari. Contrarium clare in *L.* I. *C. Qui bonis cedere* constituitur. Actio nempe, quæ contra eum competebat ante cessionem, etiam post hanc perdurat, sed, quia inanis foret, tantisper, donec cedens ad pinguiorem fortunam perveniat, quiescit, deinde vero creditores EX INTEGRO experiuntur, ut Iustinianus in §. *ult. I. de Actionibus* loquitur. Medio igitur tempore nec præscribitur actioni, nec usuræ promissæ currere desinunt. Hæc amplius illustrabo allegatis rationibus decidendi, quas ICti Helmstadienses sententiæ cuidam mense Ianuario anni CIↃIↃCCXXII. exaratæ subiecerunt: Zum siebenden haben wir die Pfännerschaft gesetzet. Und weilen ihnen die Zinsen mit zuerkannt seynd, so haben wir ihnen solche von Zeit des darüber durch den gemeinschaftlichen Schuldener coram commissione gethanen Bekänntnisses und einiger Maassen constituirten liquidi angewiesen. Den terminum ad quem haben wir bis jetzo gesetzet. Denn obgleich viele vor billig achten, den Lauf der Zinsen mit Anfang des Concurses zu hemmen, so hat doch diese Meynung in den gemeinen Rechten keinen Grund, sondern die widrige, daß nemlich die Zinsen auch bey wehrendem Concurse bis zu würklicher Bezahlung des Hauptstuhls fortlaufen, ist denselben weit gemässer, arg. *L.* 18. *Qui potiores in pignore;* ibi: *in omne quod ei debetur, Lynker in Anal. ad π. tit. de rebus auctor. iud. poss.* §. 58. auch in praxi eingeführet. *Mevius P.* 7. *dec.* 245. Und ist uns nicht bekannt, daß dieserwegen etwas sonderbares im Herzogthum Magdeburg, wie in der Marck Brandenburg nach *Brunnemanni* und *Strykii de concursu creditorum p.* 17. & 18. Zeugnisse singulariter geschehen, verordnet sey. Confirmavit sententiam nostram potentissimus

tiſſimus legislator Saxo in der erläuterten *Proceſs*-Ordnung *tit.* 46. §. *ult.* verbis: und von ſolcher Zeit annoch ferner aufgelaufen.

II.

Commune ius, quod uſuras ad unam cum ſorte claſſem refert, æquiſſimum eſt, atque in terris Saxonicis ac Brandenburgicis rectiſſime retinetur.

Iure communi uſuræ, ſi concurſus creditorum excitatus fuit, in una claſſe cum ſorte ſua collocantur, *L.* 18. *Qui potiores in pignore.* Hoc multis iniquum videtur, qui notam iuris regulam: damno vitando magis favendum eſſe, quam lucro captando; hic læſam arbitrantur. Ergo in quamplurimis locis id mutatum, conſtitutumque eſt, ut uſuræ demum poſt omnes ſortes collocentur. Factum hoc in Saxonia, in electoratu Hannoverano, in ducatu Brunſvicenſi, &c. Ego quidem has novas leges haud damno, ſed tamen ius commune melius atque æquius eſſe puto. Non inficior quidem, uſuras lucrum continere. At lucrum hoc alimentorum rationem in multis, atque adeo inſignem favorem habet. Plurimi ſcilicet, & inter hos pupilli ſæpe, viduæ, ſenes, veterani, patrimoniolum ſuum omne in unum conferunt, & ſortem inde confectam alicui mercatori aut prædii poſſeſſori ſub fœnore credunt, hocque annuum fœnus vitæ ſuæ ſuſtentandæ deſtinant. Ne unico illo ſubſidio ſuo fraudentur, cavent ſedulo. Inquirunt ante omnia in facultates & æs alienum debitoris, qui mutuum poſcit. Audiunt, amplas ſatis eius poſſeſſiones eſſe, nec multum inde aliis deberi. Exiſtimant ergo miſeri, nihil ſibi metuendum, credunt pecuniolam ſuam flagitanti, ſed tamen, ut periculum omne avertant, pignus ſibi in poſſeſſionibus iſtis ſtipulantur, atque hoc a magiſtratu confirmari ſeduli curant. Quibus obtentis, nunc ſe beatos nunc plene ſecuros autumant, & in primis quidem annis uſuras iuſto tempore

Digitized by Google

consequuntur. Postea debitor dissolute vivere incipit, conflat & apud alios æs alienum, huiusque magnitudine tandem obrutus foro cedit. Confluunt creditores, decernit iudex concursum, constituit sequestrem seu curatorem bonorum, item contradictorem, horumque ope iudicium in multos annos non sine eximio emolumento suo extrahit. Interea creditores, ii maxime, qui præter hoc nomen nihil habent, esuriunt strenue, &, quia tamen vivendum & præterea iudici advocatisque honorarium solvendum est, ipsi a trapezitis necessaria fœnori sumunt, ac peculiolam, quam ex concursu sperant, pignori opponunt. Tandem, si diis placet, finitur concursus; distribuitur pecunia, si quæ modo superest; de usuris spes nulla; de ipsa etiam sorte multum expensarum nomine detrahitur. Residuum iam ante, ut dixi, in alimenta insumtum, plerumque non creditori concurrenti, sed eius creditori exsolvendum est. Atque sic ad incitas redigitur miser, sub prætextu, ne lucrum capiat. Quæ quum ita sint, mihi iustius longe & æquius fecisse videtur rex Prussiæ, qui in edita anno 1723. *ordinatione hypothecarum & concursuum* §. 127. usuras tricennales ad eandem, in qua sors ponitur, classem refert. Idem sapientissimus legislator Saxo in der erläuterten *Proceß-Ordnung tit.* 46. §. 3 Ita vero, ais, creditores posteriores non sine maxima iniquitate sortem ipsam amittent. Amittant, licet. Damnum hoc sua culpa sentiunt, dum obærato aut tamen ad inopiam iam magis vergenti crediderunt. Iis contra, qui re integra & florenti adhuc debitori mutuum dederunt, nihil plane imputari potest. Igitur locum invenit *lex* 203. *de Regul. iuris.*

III.

Iura recentiora, quæ usuras post omnes sortes collocari iubent, strictissime sunt interpretanda.

IV.

IV.

Nec ad annuas pensiones, nec ad eas usuras, quæ lucri rationem non habent, extendenda.

Quum, ut dixi, in plurimis provinciis lege nova usuræ post sortes omnes reiiciuntur, æquum tamen est, ut hoc ius novum, quantum fieri potest, restringatur, præsertim quum id vetere melius non sit. Sed rem optime illustrabit responsum a ICtis Vitembergensibus mense Febr. anni CIƆ IƆ CC XI. exaratum: Hat Jacob von Salza sein an dem Schloß und Stadt Polkenhayn erlangtes Pfand jederzeit dem ältesten seines Geschlechts auf Lebenslang zu geniessen hinterlassen, und, daß nach Ablösung solchen Pfandes die darauf haftende 6533. Reichs-Thaler, 24. Kr. auf ein ander Gut geleget und die davon fällige Zinsen gleichfalls dem ältesten des Geschlechts von Salza abgefolget werden sollen, verordnet. Nachdem nun dieses Geld von Hiob von Salza auf sein Gut Ebersbach, vermöge ausgebrachter Amts-Gunst, übernommen worden, und aber der jetzige Besitzer besagten Guts mit Auszahlung solcher Geschlechts-Gelder an den Herren als dermaligen percipienten sehr lange anstehet, auch gar ein Concurs über dessen Vermögen zu befürchten ist, so wird gefraget, ob in diesem Fall die rückständige Geschlechts-Zinsen erst nach allen Capitalien, oder mit dem Haupt-Stamme in einer Classe zu bezahlen wären, nach mehrern Inhalt des uns zugeschickten Berichts und der Beylagen. Ob nun wol nach den in der Ober-Laußnitz sonderlich dem Amte Görlitz eingeführten Rechten die Zinsen bey einem Concurse erstlich nach allen Capitalien ausgezahlet werden; Dieweil aber dennoch diese sonderliche und von den gemeinen Kayserl. Rechten abweichende Ordnungen stricte und nur von dem eigentlich so genannten mutuo zu erklären seynd, immassen die Ober-Laußnitzer Gerichts-Ordnung *P.* 1. *tit.* 24. *Class.* 5. §. 1. lediglich von den Zinsen, welche die Gläubiger selbst titulo lucrativo fodern, handelt, diejenige aber, welche mehr

pro

Digitized by Google

pro damno als lucri acceſſione zu achten, ausnimmt, wie denn auch die DD. daß obangeführte Regul in dem Falle, wenn ein Gläubiger die Zinſen nicht ſowohl als Zinſen, ſondern vielmehr als Intereſſe oder auch als Capital fodert, keine ſtatt finde, einmüthig zugeſtehen, *Berger. in Electis Diſc. For. p.* 1653. *Martini ad Ord. Proc. Sax. tit.* 50. §. 3. *n.* 22. & quos ibi allegat, und dieſerhalben die wiederkäufliche, ingleichen von rückſtändigen Kauf- wie nicht weniger Ehe Geldern ſchuldige Zinſen mit dem Haupt-Stamme in eine Claſſe ſetzen, geſtalt dann aus eben dieſer Urſache die uſuræ dotalitii pro ſorte gehalten und lociret werden, *Carpzov. l.* 4. *Reſp.* 54. *n.* 11. Bey welcher Bewandniß, und da dieſe Geſchlechts-Zinſen in Anſehung des Herrn, als welcher von dem Haupt-Stamme nichts fodern mag, vor Capital zu achten ſeynd, folglich kein lucrum in ſich begreifen, eben dieſe Exception auf ſelbige appliciret werden muß; So ſeynd erwehnte rückſtändige Geſchlechts-Zinſen bey entſtehendem Concurſe mit dem Haupt-Stamme in gleiche Claſſe zu ſetzen und zu vergnügen.

V.

Leges novæ, quæ uſuras poſt ſortes collocari iubent, plerumque pias cauſſas, non ſatis æque, eximunt.

VI.

Sed hoc privilegium ad eas uſuras, quæ piis cauſſis ex ceſſione debentur, non pertinet.

Lex de uſuris poſt ſortes omnes collocandis, quæ in Saxonia iam Sæculo XVI. in Ducatu Brunſvicenſi nuper admodum, anno ſcilicet 1714. prodiit, ab initio generalis fuit, deinde vero quod ad pias cauſſas limitata, & uſuræ his debitæ ad eandem cum ſorte claſſem referri iuſſæ ſunt. Et in Saxo-

Digitized by Google

Saxonia quidem hoc per *Dec. elect.* 8. in nostro vero ducatu anno 1716. factum. Si de lege disputare liceret, duriusculam illam vocarem. Aut enim ius vetus, quod sortes & usuras in una classe ponit, æquum est. Et sic illud nec in privatis mutari oportuit. Aut iniquum est. Tunc vero nec in piis caussis retineri oportuit. Neque enim video, quamobrem piis caussis lucrum cum damno privatorum captare permittendum sit. Æque profecto & magis aliquando calamitosum est privatis, sortem, ex qua iis vivendum est unice, perdere, quam templo, ceteroquin locupleti aut tamen locupletes patronos ac auditores habenti, usuris carere. Sed quidquid sit, lex ita scripta est. Inæqualem vero istam legem ad eas usuras, quæ piis caussis cessæ fuerunt, extendi non oportet. Nam pia caussa in iis, quæ per cessionem a privato adquisivit, iure privati utitur, arg. *L.* 5. *C. de Hered. vel act. vend. L.* 4. §. 27. *de Doli mali & metus exc.* Sic iudicarunt ICti Vitembergenses mense Septembri anni CIƆIƆCCX. 5. die Kirche mit 31. Reichs-Thaler Capital, so ihr von Christian Froberg cediret worden, vermöge des vom 21. Septembr. 1694. an erhaltenen ausdrücklichen Unterpfandes, 6. die Kirche mit 5. Reichs-Thaler an einem von den Reinhelschen Erben cedirten Capitale, C. Graffe mit 12. Groschen, die Magnußische Erben mit 1. Reichs-Thaler, 3. Groschen insgesammt ohne Unterschied der Zeit und pro rata, 7. die Kirche mit 25. Reichs-Thaler, 21. Gr. ihr von Christian Frobergen cedirten Zinsen. V. R. W.

SPECIMEN CCCCLXXXIX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. VI.

DE

BENEFICIO SEPARATIONIS.

I.

Beneficium separationis locum habet, etsi duorum pluriumve debitorum bona ita sint commixta, ut ea accurate discerni impossibile sit.

Commixtio duorum patrimoniorum, & quidem talis, quæ impossibilem separationem efficit, contingit sæpe, etsi Vlpianus in *L.* 1. §. 12. *de Separationibus* hoc raro fieri posse putet. Exempla quotidie obveniunt, quorum aliqua supra in *Specimine CCCCXLIX. de Commixtione* recensui. Sed tunc nihil dictum de ea commixtione, quam compilatores digestorum *in tit. de Separationibus* exponunt, quando scilicet debitor obæratus alii, qui etiam multum debebat, sed tamen solvendo adhuc erat, defuncto ut heres succedit. Tum vero creditoribus defuncti, ne creditoribus heredis permixti damnum patiantur, permittitur, separationem bonorum, atque, ut sibi ante omnia ex defuncti patrimonio satisfiat, flagitare. Ea separatio multas sæpe difficultates habet, maxime si plura, quam duo, patrimonia sint commixta. Nam & hoc aliquando usu venit, ut heredi obærato mortuo alius item obæratus heres existat, atque ita diversorum debitorum creditores invicem concurrant, & disiungi cupiant. Si liquido constat, quantum quisque debitor habuerit, res dubium non habet. Sed id fere nunquam contingit. Nam quamvis

Digitized by Google

vis prædia facile diſcerni queant, in rebus mobilibus tamen ſecus eſt, quas plerumque heres ſuis rebus ſic admiſcet, ut poſt aliquod intervallum ipſi, magis ergo iudici, ſi heres forte aufugerit vel obierit, easdem diſtinguere impoſſibile ſit. Neque vero propterea de ſeparatione deſperandum eſt prorſus. Vt enim ad amuſſim omnia exigantur, cordatus nemo deſiderabit. Non iudicis hoc, ſed harioli & coniectoris foret.

II.

Accurata ſeparatio non exigitur, ſed res ex arbitrio & æquitate iudicis pendet.

III.

In praxi heredis creditores fere ſemper excluduntur, expenſæ tamen concurſus & tributa in principio collocantur.

Quid faciendum, ſi certo non apparet, quæ res defuncti fuerint, atque tamen creditores eius ſeparationem urgent? Faciendum id, quod Iuſtinianus in §. 28. *I. de Rerum diviſ.* præcipit. Æſtimare ſcilicet iudicem ex æquo & bono oportet, qualia cuiusque bona fuerint. Si ex veriſimilibus argumentis liquet, patrimonium defuncti ſuffeciſſe eius creditoribus, ſed partem ab herede conſumtam, reliquam partem rebus heredis admixtam accurate nunc diſcerni non poſſe, ſeparatio ſic facienda eſt, ut primo omnium loco expenſæ concurſus univerſæ, tanquam in communem utilitatem erogatæ, cum tributis, quorum indemnitati ſecundum *L. 2. C. Si propter publicas penſitationes* omnibus modis conſulendum eſt, ut in *ſequente meditat.* pluribus dicam, quaſi extra concurſum collocentur, deinde omnes defuncti creditores, etiam chirographarii, poſtea primi heredis creditores, tum tertii heredis creditores, & ſic porro ponantur. Non diffitebor tamen, per hanc diſpoſitionem plerumque parum aut nihil ad heredis creditores pervenire, atque integrum patrimonium a defun-

Digitized by Google

cti creditoribus abſorberi. Sequuti ſunt hunc ordinem ICti Helmſtadienſes menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CC XXVII. ex iſtiusmodi rationibus: Es iſt vor allen Dingen nöthig geweſen, das Brandiſche Credit-Weſen von dem Heßiſchen zu ſondern, welches wir denn dergeſtalt gethan, daß wir erſtlich die gemeinſchaftliche Concurs-Koſten nebſt den Cämmerey-Gefällen, bey welchen beyden die Separation keine ſtatt findet, hiernächſt die Brandiſche Gläubiger bis zu num. 10. incluſive, ferner die auf deſſen Wittwe Begräbniß gegangene Koſten, weil dieſe Wittwe nach ſeinem Tode in dem Hauſe geblieben und einiger Maaſſen Erbin und Eigenthümerin geweſen, alſo gegen ſie gleichſam ein neuer Concurs entſtanden, weiter die Heßiſche Gläubiger geſetzet.

IV.

In beneficio ſeparationis defuncti creditores, quamvis chirographarii, creditoribus heredis, licet hypothecariis & privilegiatis, anteponuntur, ſolis tributis exceptis.

In ea, quam memoravi, ſententia impenſæ, quæ in funus primi heredis factæ erant, omnibus debitis, quæ defunctus contraxerat, poſtponuntur. Ægre id tulit is, qui funus curarat, erroremque manifeſtum ſubeſſe ratus magiſtratum ſuum rogavit, ut explicationem emendationemque ab iisdem ICtis requireret. Ii, acceptis magiſtratus litteris, menſe Februario anni CIↃ IↃ CC XXVIII. reſponderunt, recte & ſecundum *L.* 1. §. 3. & 4. *de Separationibus*, quæ hypothecarium, fiſcale & municipale debitum heredis poſt omnia defuncti debita ponat, iudicatum fuiſſe; temperamentum tamen ex facto adiecerunt: Johann Kirchhofen kann auf ſein Anſuchen zur Antwort gegeben werden, daß nach dem bekannten iure ſeparationis alle obgleich ſchlechte Gläubiger des vorigen Beſitzers den aller privilegirteſten Schulden des Erben und Nachfolgers vorgehen. Sollte es jedoch, wie er anführet, Stadt-kündig ſeyn, daß die zu dem Concurſe gezogene Güter von der

der Brandin herkommen, welches aus den Acten nicht zu ersehen gewesen, so würden die Begräbniß-Kosten aus solchen Gütern gleich nach den Cämmerey-Gefällen bezahlet. V. R. W. Ne quis autem miretur, in tributis ſeparationem haud admiſſam, ſed omnia, etiam quæ heres pendere debuiſſet, in principio collocata, quum tamen *in memorato* §. 4. *legis*, ſeparationi etiam adverſus fiſcum locus detur, atque funebres impenſæ communiter & tributis præferantur. Sed, quod in §. 4. de fiſco dicitur, ad ceteras quidem hypothecas non etiam ad tributa pertinet. Nam publicis penſitationibus priore loco omnia omnino bona obligata ſunt per *L.* 1. *C. Si propter publicas penſitationes.* Et quamvis præſtatio iſtorum onerum demum in tempora heredis inciderit, prædia ipſa tamen, ex quibus ea onera præſtanda ſunt, a defuncto provenerunt. Atque adeo hæc onera inter ipſa defuncti debita numeranda ſunt. Quæ ratio in expenſis funebribus ceſſat.

V.

Res ſecundum creditores heredis iudicata creditores defuncti a beneficio ſeparationis non excludit.

Obæratus quidam debitor alterius heres factus erat. Eum creditor aliquis in iudicio convenerat, obtinueratque, ut iudex reum condemnaret & actori nomen quoddam in ſolutum adiudicaret. Tranſierat hæc ſententia in rem iudicatam, & exſequutio imminebat, quum repente tertius quidam intervenit, ſeſe defuncti creditorem eſſe dicit, atque beneficium ſeparationis in nomine iſto adiudicato, quippe quod olim ad defunctum pertinuerit, petit. Nihil ad hæc omnia creditor heredis reſpondet, ſed exceptionem rei iudicatæ, tanquam litis ingreſſum impedientem, opponit. Quam tamen reiecerunt ICti Helmſtadienſes. Nam obſtabat ei manifeſte *titulus C. Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere.* Deinde, ſi vel maxime iſta res iudi-

Digitized by Google

cata actori hypothecam & ius in re dedisset, eius tamen, qui separationem petebat, etsi simplex chirographarius esset, ius potius erat, *L.* 1. §. 3. *de Separationibus.*

VI.

Defuncti creditores, etsi ius eorum altioris indaginis sit, beneficium separationis contra liquidos heredis creditores habent.

VII.

Creditores tamen heredis exsequutionem, præstita cautione, impetrant.

Vnum in ista, quam modo exposui, facti specie supererat, quod scrupulum moveret, atque beneficium separationis excludere videretur. Intervenientis ius altioris indaginis erat, quum creditor heredis suum liquido probasset. Verum cogitatum fuit, interventionem etiam illiquidam admitti posse, sed ita, ut, si actor de restituendo caveat, exsequutio tamen peragatur, & interventio deinde separatim examinetur, *L. pen. de Hereditatis petit. L.* 58. *de Rei vindic. Mevius P.* 5. *dec.* 211. Adde *Ordinationem processus Saxonici recognitam tit.* 15. §. 1. Secundum hæc mense Octobri anni CIƆ IƆ CC XVI. iudicatum fuit: Daß Appellat, seines Vorwendens ungeachtet, sich auf die Intervention hauptsächlich einzulassen schuldig. V. R. W. Rat dec. Es ist in Rechten klar versehen, daß die Gläubiger eines verstorbenen Schuldeners wider die Gläubiger des Erben binnen 5. Jahren nach jenes Tode das beneficium separationis suchen, und, daß ihnen die Verlassenschaft allein ausgeantwortet werde, begehren können, *L.* 1. §. 1. & 13. *de Separationibus*, welche Rechts-Wohlthat denn besagten ersten Gläubigern, so lange, als das Vermögen des Verstorbenen füglich von den Gütern des Erben unterschieden werden kann, statt findet. *L.* 1. §. 12. *de Separationibus.* Dieses

ist

ist nun der Grund, worauf Appellanten ihre Intervention gebauet. Denn sie geben vor, daß die alte Stradtin, welche das arrestirte Capital nach ihrem Tode verlassen, ihre Schuldnerin gewesen, hingegen Appellat, dem solches Capital adiudiciret worden, nur ein Gläubiger von der Stradtin Sohn und Erben sey. Zwar schützet Appellat dawider seinen erhaltenen rechtskräftigen Bescheid vor. Allein es mag ihm solcher nicht zu statten kommen, in Erwegung, daß derselbe die Appellanten, als eine res inter alios acta, nicht verhindert, hiernächst angeführter Bescheid Appellanten allenfalls mehr nicht, als eine hypothec an dem streitigen Capitale, geben kann, dergleichen hypothec aber, welche erst zu Zeit des Erbens erlanget ist, den chirographarischen Schulden des Verstorbenen ex beneficio separationis nachstehet. Diesemnach mag sich Appellat der Einlassung auf die Intervention nicht entbrechen. Gleichwol, da sein Recht offenbar, der Appellanten ius prælationis hingegen noch unausgemachet, so halten wir vor billig, daß die arrestirte Gelder ihm unterdessen gegen sattsamen Vorstand abgefolget werden.

VIII.

Lex nova vel privilegium, quibus creditor aliquis aliis omnibus anteponi iubetur, beneficium separationis non excludunt.

Videmus sæpe, principes pro ea, qua pollent, auctoritate leges novas condere aut etiam privilegia dare, quibus creditores aliquos ceteris creditoribus omnibus in concursu anteponunt. Quatuor & viginti circiter anni sunt, ex quo potentissimus rex Poloniæ, postquam Sueci ex Saxonia electorali decessissent, æs alienum, quod ad pendenda illis tributa conflatum fuerat, reliquis debitis omnibus antetulit. Vide die erläuterte *Procefs*-Ordnung *tit.* 42. §. 2. Condidit etiam rex Prussiæ legem, qua fiscum suum in concursu

cursu creditoribus omnibus, qualecunque etiam privilegium habeant, anteponit. Duriuscula ea lex videtur, sed tamen ita scripta est. Nec eludi potest facile, quum clara eiusdem verba dubium non relinquant. Iudicarunt ergo secundum illam ICti Helmstadienses mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XVIII. ex his rationibus: Der andere Streit ist über die Begräbniß- und Bau-Kosten. Was Iacobi derselben halber anführet, daß sie nemlich der Billigkeit nach allen Gläubigern, und darunter auch dem Fisco, vorgehen sollen, daß in Zukunft des Fisci Schuldner unbegraben liegen bleiben werden, daß der Fiscus selbst die Begräbniß-Kosten würde haben müssen herschiessen, daß die Reparation des Hauses dem Fisco hauptsächlich zu gute komme &c. &c. diese Ursachen insgesammt würden von uns sonder Zweifel in Betrachtung gezogen worden seyn, daferne man uns entweder bey Verfertigung und Publication der Königl. Edictorum zu Rathe gezogen, oder die Macht ertheilet hätte, selbige authentice zu ecklären und zu ändern. Allein, da wir als Iuristen secundum leges und nicht de legibus zu iudiciren haben, und die deutliche Worte der Königl. Constitution vor uns sehen, Kraft deren der Fiscus vor allen Creditoren, es haben dieselbe privilegia, wie sie mögen, keine ausgenommen, die Præferenz und Vorzug unstreitig behalten und geniessen soll; So seynd wir, dieses gravaminis ungeachtet, bey vorigem Urthel geblieben, haben jedoch die Unkosten, weil die vorige Urthelsfasser vor dem Iacobi gesprochen, gegen einander aufgehoben. Beneficium tamen separationis per huiusmodi leges & privilegia non excludi, credo. Nam per illud duo diversa patrimonia constituuntur, atque duo distincti concursus oriuntur. Accedit natura iurium singularium & exorbitantium, quæ, quantum fieri commode potest, restringi oportet. *L.* 14. 15. 16. *de Legibus.*

IX.

IX.

Beneficium ſeparationis inter unius debitoris creditores locum non habet.

Cave, beneficium ſeparationis illis tribuas, qui eiusdem debitoris creditores ſunt. Tentatur hoc nonnunquam ab aliquibus, e. g. a liberis bona materna avitaque repetentibus, ab iis, qui in funus et refectionem ædium crediderunt, ſed fruſtra. Beneficium ſeparationis enim ſaltem inter creditores duorum debitorum, quorum alter alteri heres exſtitit, locum habet, *L.* 1. §. 1. *de Separat. Brunnemann. in Concurſu credit. cap.* 5. §. 12. Sic iudicarunt ICti Helmſtadienſes menſe Iulio anni CIƆIƆCCXVIII. ex iſtiusmodi rationibus: Anfänglich iſt die Frage zu erörtern, ob der Iacobiſchen Ehefrauen Mutter-Groß-Vater- und Groß-Mutter Gut, welches ihr Vater, der verſtorbene Silber-Meiſter Damero, in ſeinem Beſchluſſe und Verwaltung gehabt, bey dem über deſſen Vermögen entſtandenen Concurſe dem Königlichen Fiſco, welchem eben dieſer Damero ex adminiſtratione 14287 Reichs-Thaler ſchuldig verblieben, vorzuziehen oder nachzuſetzen ſey. Iacobi will das erſtere behaupten, und führet zu deſſen Behuef an, daß 1) diejenige, welche bey einem Concurſe etwas iure dominii ſuchen und vindiciren, gar nicht mit in den Concurs gezogen werden, ſondern das Ihrige zum voraus hinweg nehmen, 2) daß ſeiner Frau, und nach deren Ableben jetzo den Kindern, das beneficium ſeparationis zu ſtatten kommen müſſe; Alldieweil aber 1) ſo viel aus der fol. 93. befindlichen Liquidation zu erſehen iſt, keine mütterliche, großväterliche oder großmütterliche Erbſchafts-Stücke in natura, ſondern 1757 Rthl. 20 Gr. 6 Pf. an Gelde gefodert werden, alſo nicht geſaget werden mag, daß die Iacobin etwas iure dominii vindicire, mithin nicht abzuſehen iſt, wie dieſelbe ein beſſeres Recht prætendiren könne, als die Kinder eines gemeinſchaftlichen Schuldeners ordentlich haben, welche wegen ihres mütterlichen Vermögens nur ein ſtillſchweigendes Unterpfand

von der Zeit an, da der Vater die Verwaltung desselben Vermögens übernommen oder übernehmen sollen, in des Vatern Gütern, jedoch ohne allen Vorzug, haben, *L. 6. §. ult. C. de Bonis quæ lib.* und auch nach den gemeinen Rechten dem Fisco, wenn der mit selbigem geschlossene Contract oder die von ihm aufgetragene Administration älter ist, nachgehen, *Carpzov. P. I. Const.* 28. *def.* 103. hiernächst 2) das beneficium separationis auf gegenwärtigen Fall gar nicht zu ziehen ist, als welches nur alsdenn statt hat, wenn zweyer unterschiedener debitorum, deren einer des andern Erbe worden, Creditores mit einander concurriren, dahingegen die Iacobin sich allhier als Erbin und nicht als eine Gläubigerin ihres Groß-Vaters, Groß-Mutter und Mutter angiebt, und deren Erbschaft von dem verstorbenen Vater, als dem einigen Schuldener, fodert; So haben wir nicht umhin gekonnt, der Iacobin ihr Mutter- und Groß-Mutter-Gut dem Fisco nachzusetzen, und nur dasjenige, was davon annoch in natura vorhanden, also gar nicht zum Concurse gehöret, vorzuziehen.

X.

In iis rebus, quæ unius creditoris ope ex fuga retractæ et ab interitu servatæ fuerunt, hic iure separationis creditoribus reliquis præfertur.

Antequam hoc argumentum de beneficio separationis omitto, commemoranda mihi est constitutio *legis* 10. §. 16. *Quæ in fraudem cred.* optima & æquissima, quæ quodammodo huc trahi potest. In ea scilicet is creditor ceteris omnibus anteponitur, qui fugienti et res suas secum ferenti debitori has abstulit. Conficitur inde regula: In iis rebus, quæ unius creditoris ope ab interitu servatæ fuerunt, hic, qui illas servavit, ceteris omnibus anteponitur. Eam regulam adhuc in usu esse, exemplo, quod ipse olim in academia quadam vidi, comprobabo. Studiosus quidam obæratus reculas suas clam exportarat, & in amici ædibus

Digitized by Google

ædibus abſconderat. Odoratur hoc quidam ex chirographariis, cui in concurſu nihil ſperandum erat, inveſtigat res occultatas, in lucem protrahit, atque in iudicium defert. Re comperta, confluunt ceteri creditores, laudant ſedulitatem conſortis ſui, ipſum tamen ad infimum locum detrudere, hoc eſt, excludere, conantur. Inprimis hoſpes, qui conclave fugitivo locarat, ius pignoris urget. At ſenatus academicus res ſervatas ei, qui illas ſervarat, addixit.

XI.

Beneficium ſeparationis, quod pragmatici in ſociis admittunt, ut, excitato contra unum ex ſociis concurſu creditorum, debita ratione ſocietatis contracta debitis, quæ extra eam facta ſunt, præferantur, in iure fundatum non eſt.

Dicam etiam paucis de eo ſeparationis genere, quod *Carpzovius in Deciſione* 54. memorat. Ait ſcilicet, uno ex ſociis haud ſolvendo exiſtente, in concurſu creditorum debita ratione ſocietatis contracta gaudere prærogativa præ aliis, quæ extra ſocietatem ſunt facta. Finge igitur, ſocietatem inter duos fuiſſe contractam, unum vero ex ſociis a diverſis creditoribus pecuniam mutuo acceptam in propriam utilitatem extra cauſſam ſocietatis vertiſſe, defuncto eo, multos concurrere creditores debita repetentes; an non ſocius vel eius nomine creditores ſocietatis præferendi erunt aliis, qui cum defuncto extra cauſſam ſocietatis contraxerunt? Affirmant hoc Carpzovius, & multi alii, quos ille nominat, auctores. Leges quoque & argumenta legis larga manu adſpergunt, inter quæ tamen nihil eſt, quod mihi ſatisfaciat. Vrgent primo communionem, & quod æs alienum manente ſocietate contractum de communi ſolvendum ſit. *L.* 27. *Pro ſocio.* Verum hoc eſt, ſed quid ad nos? Illa communio debitis ante vel extra ſocietatem contractis, ſæpe hypotheca publica aliquando

 iure

Digitized by Google

iure prælationis munitis, nocere non debet. Aiunt deinde, focios ius tacitæ hypothecæ in bonis focii habere. Falſum hoc eſt. Sed ſi verum eſſet, num propterea alii creditores parem vel fortiorem hypothecam habentes excludentur? Dicunt porro, ſocios fratres eſſe, *L. 63. pr. Pro ſocio*, fratres vero creditores extraneis creditoribus anteponi. Falſum hoc iterum. Fratres et conſanguinei in concurſu ipſo aliis non præferuntur, præferuntur ſaltem in emtione rerum debitoris, quæ publice veneunt. *L. 16. de Rebus auctoritate iudicis.* Denique maximum, quod alias in alterum ſocium redundaturum ſit, damnum deſcribunt. Ipſe hoc agnoſco. Verum cur iniit ſocietatem, aut, cur, quum iniret, ſibi pacto non melius proſpexit? Quæ quum ita ſint, beneficium hoc ſeparationis, quod in bonis ſocii admittunt doctores, in lege fundamentum nullum habere puto.

SPECIMEN CCCCXC.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. VI.

DE

CREDITORIBVS, QVI POST FINITVM CONCVRSVM SVPERVENIVNT.

I.

Creditor, qui ſibi in concurſu creditorum perpetuum ſilentium imponi patitur, etiam actionem perſonalem contra debitorem ipſum amittit.

Ingens

Digitized by Google

Ingens eſt inter ICtos lis, an creditor, qui motum concurſum & propoſitam publice citationem ſcivit, nomen tamen ſuum inter ceteros creditores non profeſſus, ſed perpetuum ſilentium ſibi imponi paſſus eſt, actionem ſuam contra debitorem ipſum ſalvam retineat. Aequalis eſt fere aientium negantiumque numerus, ut ex *Salgado de Somoza Labyrintho creditorum P.* I. *c.* 8. *n.* 15. *ſqq.* videre licet. Vna etiam eſt *lex*, ad quam utraque pars provocat, ſcilicet 6. *C. de Remiſſione pignoris*, ubi creditores, qui eo tempore, quo prædium diſtrahitur, programmate admoniti ius ſuum non exſequuntur, pignoris obligationem amittere dicuntur. Qui ergo creditorem non comparentem prorſus excludunt, hanc legem allegant; qui admittunt adhuc, eiusdem legis argumento utuntur, dicuntque, peremta licet obligatione pignoris, obligationem tamen perſonalem ſupereſſe, *l.* 3. *de Pactis.* Ego vero cum his ſentio, qui creditorem in concurſu generaliter præcluſum actiones omnes, etiam perſonales, amittere dicunt. Namque concurſus in locum debitoris ſubintrat, ac perſonam eius repræſentat, ut adeo, qui ius ſuum omne in concurſu amiſit, nihil quoque iuris adverſus debitorem retineat. Nec obſtat dicta *lex* 6. *C. de Remiſſione pignoris*, quæ tantum pignoris obligationem perimit. In ſpecie enim, quam hæc lex proponit, creditores ſaltem de diſtractione pignoris certiores redditi & ius hypothecæ, ſi quod haberent, proponere iuſſi ab obligatione perſonali, de qua lis nulla erat, excludi non poterant. At concurſus creditorum actiones omnes reales perſonalesque ad ſe trahit, & propoſitum in principio proceſſus edictum creditores, ut ius ſuum omne in iudicium deducant, monet. Ergo qui id non faciunt, ius quoque ſuum omne perdunt. Atque aiens hæc ſententia placuit quoque ICtis Helmſtadienſibus, qui ſic menſe Iulio anni CIƆ IƆ CC XXVIII. iudicarunt: Daß Beklagter

 von

von angestellter Klage zu entbinden. V. R. W. Rat. dec. Beklagter hat im Ianuario 1709. Klägerin einen Wechsel über 80 Reichs-Thaler binnen Monaths-Frist zu bezahlen ausgestellet, ist aber kurz hierauf in einen concursum creditorum verfallen, dergestalt, daß seine Gläubiger den 12. April 1710. edictaliter sub pœna perpetui silentii citiret, auch hierauf den 4. Mart. 1712. die, welche sich angegeben, gebührend classificiret, den Ausgebliebenen hingegen ein ewiges Stillschweigen auferleget worden. Kläger hat sich damalen nicht, sondern erst im Jahre 1727. gemeldet, und zwar nicht actionem ex cambio, als welche er nach Ablauf eines Jahres selbst erloschen zu seyn erkennet, sondern condictionem ex chirographo angestellet. Worauf die Königliche Regierung auf Recognition und endliche Diffession des Wechsels erkannt. Dagegen hat Bekagter Appellation eingewandt, und zu behaupten gesuchet, Kläger habe seine Foderung längstens verloren. Nun weiß Kläger darauf, daß er sich nemlich bey dem Concurse præcludiren lassen, gar nichts zu antworten. Bey so gestalten Sachen haben wir ihn nach Anleitung obangeführten rechtskräftigen Urthels abgewiesen. De cetero non displicet mihi temperamentum *Strykii*, qui *in notis ad Brunnemanni Prælectiones de concursu creditorum cap.* 3. §. 11. verbis: *Præclusiva lata* interesse dicit, utrum generaliter iudicatum sit: Daß die Creditores, so sich nicht gemeldet, ihrer Anfoderungen gänzlich verlustig; an vero: daß sie von diesem Concurse gänzlich abzuweisen; atque hoc ultimo casu actionem personalem remanere dicit.

II.

Creditor in concursu creditorum præclusus ex iusta caussa in integrum restituitur, non tamen contra eos concreditores, qui suum iam consequuti sunt.

Sæpe post sententiam, quam vocant, præclusivam in concursu creditorum latam ii, qui præclusi fuerunt, restitutionem in integrum petunt, variasque, ex quibus alias restitutio

Digitized by Google

tutio in integrum indulgetur, caussas, ut absentiam, militiam, ignorantiam invincibilem, minorem ætatem, allegant. Et puto, audiendos esse, quoniam iura nostra restitutionem in integrum generaliter adversus rem iudicatam indulgent, *L.* 30. §. 1. *Ex quibus caussis maiores*, *c.* 5. *X. de in integrum restit.* Vide pluribus *Martini in Analectis forensibus tit.* 41. §. 1. *n.* 45. Attamen hoc non aliter admitto, quam re adhuc integra, id est, quamdiu hi creditores, quos res iudicata aliis prætulit, suum nondum consequuti sunt. Nam postquam iis solutio facta, actio omnis contra deficit. Recte Paulus in *L.* 44. *de Condictione indebiti: Repetitio*, ait, *nulla est ab eo, qui suum recepit.* Accedit argumentum *legis* 1. §. 12. *de Separationibus*, ubi, confusis bonis & unitis, separatio & restitutio denegatur. Sic itaque mense Novembri anni CIƆIƆCCXXVI. interroganti regimini Oldenburgensi respondimus: Ist der Archivarius von Asseln, das bey einem Concurs-Processe verlohren gegangene Wittvogelische Capital a 200 Thlr. sammt Zinsen und allen Unkosten zu bezahlen condemniret worden, suchet aber nunmehr dagegen restitutionem in integrum, da denn zu wissen verlanget wird: ob ihm solche Restitution zu ertheilen sey, oder nicht. Nun seynd zwar die ergangene Urtheile post accuratam caussæ cognitionem abgesprochen, der Archivarius mit seiner Nothdurft jederzeit ausführlich zugelassen, überdies ist nicht abzuleugnen, daß der Archivarius bey dem Concurse wahrhaftig etwas versehen, und dadurch den Verlust des Wittvogelischen Capitals verursachet, mithin, er mag Procurator oder nur Advocate gewesen seyn, den aus seinem Versehen entstehenden Schaden zu ersetzen schuldig sey. Gleichwol seynd allerdinges einige Rationes vorhanden, die dem Archivario zu statten kommen. Denn erstlich hat es doch mit der Wittvogelischen Foderung selbst nicht den geringsten

ringsten Zweifel gehabt, und ist die Production der Original-Verschreibung nur pro solemnitate, und der Concurs-Ordnung ein Genügen zu thun, gefodert worden. Also hat zweytens der Archivarius mit einiger Wahrscheinlichkeit dafür gehalten, es würde die Unterlassung dieser Production, als eine blosse Formalität, so hart nicht geahndet und mit Verlust des ganzen Capitals bestrafet werden, folglich ist das hierunter begangene Versehen zwar nicht gänzlich jedoch in etwas zu entschuldigen. Hiernächst drittens certiren die dem Wittvogelischen Capital nachstehende Gläubiger in Ansehung dieser Post de lucro captando, und wollen aus dem Versehen des Archivarii, ohne welches sie dem Capital sonder Zweifel den Vorzug lassen müssen, einen Nutzen ziehen, verdienen also wenigern favorem, als der de damno vitando besorgte Archivarius. Endlich viertens werden hin und wieder Exempel anderer Leute, welche in gleichmäßigen ja mit einer grössern Negligenz verknüpften Fällen, und da sie ihre Foderungen gar nicht liquidiret, bey Concursibus creditorum restitutionem in integrum erhalten, angeführet, welche dem Archivario billig zu statten kommen. Inzwischen sehen wir doch nicht, wie der Archivarius von denen Gläubigern, die ihre Zahlung allbereits erhalten, etwas zurück fodern könne, indem diese nur das Ihrige empfangen. Es würde ohnedes, und wenn wir ihn gegen selbige in integrum restituiren wollten, eine grosse Confusion und Weitläuftigkeit entstehen, wannenhero auch ex hoc capite die Restitution hinweg fällt. Diesemnach hat des Archivarii Suchen gegen diejenige Gläubiger, die aus dem Concurse bereits befriediget worden, keine statt. Dahingegen wird er in Ansehung derer Gläubiger, welche dem Wittvogelischen Capitale nachstehen, und von den Concurs-Geldern noch nichts empfangen haben, billig in integrum restituiret, und ihm deren

bey

Digitized by Google

bey dem Concurse noch vorhandenes Antheil abgefolget. Ceterum quousque in Saxonia restitutio in integrum contra sententiam præclusivam locum inveniat, clare definitur in der erläuterten *Proceß*-Ordnung *tit.* 41. §. 2.

III.

Pupilli, minores, & qui iura eorum habent, in concursu creditorum præclusi, brevi manu in integrum restituuntur, refusis tamen expensis, quibus restitutio illa caussam dedit.

Aliquando is, qui tardius & post latam iam sententiam præclusivam ad concursum venit, nullam quidem iustam excusationem negligentiæ suæ adferre potest, sed tamen ob qualitatem conditionemque suam lege ipsa excusatur. Tales sunt pupilli, minores, fiscus, civitates, collegia, ecclesia & pia corpora, quibus restitutionem in integrum contra sententiam præclusivam expresse indulgent *c.* 3. & 7. *X. de in integrum restitutione.* Atque tunc longa lite opus non est, sed potest iudex brevi manu, ut loquimur, istiusmodi personam tardius venientem, ac ne quidem restitutionem petentem, tamen in integrum restituere. Illud vero addo: eum, qui sic in integrum restituitur, indemnes eos, adversus quos restituitur, eatenus servare debere, ut sumtus, quibus per hoc, quod iusto tempore non venit, caussam dedit, de suo ferat. Vide *Specimen meum LVII. de in integrum restitutionibus, med.* 3. Et sic iudicarunt ICti Helmstadienses mense Iulio anni CIƆ IƆ CC XXVIII. 3) Das Hospital St. Thomæ mit 100. Thalern, und den von Ostern 1722. an aufgeschwollenen Zinsen. 4) Noch dieses Hospital mit 100. Thalern, und den von Aegidii 1721. an aufgeschwollenen Zinsen. Doch muß gedachtes Hospital zufoderst auf seine Kosten den Curatorem vorladen lassen, und ihm die gerühmte gerichtliche Pfand-Verschreibungen vorlegen. V. R. W. Rat. dec. Hierauf folget das Hospital, als der älteste hypothecarius publicus. Zwar scheinet es, ob müsse selbiges wegen seines Aussenbleibens in termino

mino liquidationis præcludiret werden. Allein, da es eine pia caussa ist, haben wir es gleich brevi manu in integrum restituiret, und ihm nur auferleget, seine gerühmte gerichtliche Verschreibungen in einem auf eigene Kosten auszubringenden Termine dem Curatori vorzulegen.

IV.

Concursus creditorum & pœna præclusi ad caussas personalissimas, in quibus nempe de statu, de matrimonio, de operis locatis agitur, non pertinet.

Quantumvis concursus creditorum, ut supra dixi, universalis sit, caussasque omnes ad se trahat, istas tamen obligationes, quæ magis personam, quam bona, debitoris, aut illam primario, hæc secundario adficiunt, non complectitur. Itaque nec comminatio perpetui silentii, nec pœna præclusi sententiæ inserta ad hos pertinet, qui in ipsam debitoris personam ius habent. Exempli loco caussæ præiudiciales, ut de partu agnoscendo, item matrimoniales sunto. Sic quoque debitor obæratus, qui operas suas alicui locavit, ad has præstandas extra concursum recte convenitur. Aliud exemplum in caussis cambialibus occurrit. Sed de eo peculiariter agendum est.

V.

Ius, personam debitoris ex cambio persequendi & arrestandi, moto concursu & per sententiam præclusivam haud perimitur.

In tanta concursuum, qui a creditoribus contra debitores obæratos quotidie excitantur, frequentia hæc quæstio subinde movetur, utrum creditor cambialis communem debitorem extra concursum cambialiter persequi possit. Quam quæstionem solide excussurus necesse esse video, ut duos ab invicem casus distinguam. Scilicet vel creditor nomen iam suum in ipso concursu inter ceteros creditores professus est,

Digitized by Google

est, atque, salva actione sua in concursum deducta, praeterea id, quod sibi debetur, cambiali iudicio debitori communi extorquere vult; vel creditor is in concursu ipso tacet, atque se ibidem praecludi patitur, sed tamen separatim contra debitorem secundum iuris cambialis rigorem agit. Vtrobique diversa dubia diversaeque decidendi rationes occurrunt. Itaque singulos casus singulatim considerabo. In primo casu aientem sententiam, quod nempe creditori cambiali liceat, nomen suum in concursu profiteri, & simul extra concursum cambialiter agere, amplector. Rationes, quae me ut sic sentiam movent, hae sunt. Primo nemo iuri suo renunciasse praesumitur; igitur nec creditor cambialis privilegio cambii, tametsi ordinariam viam cum ceteris creditoribus ingressus sit. Deinde, qui duo remedia habet ius suum persequendi, si unum elegit, ad alterum progredi potest, arg. *L.* 8. *Vt in possess. legat. L.* 28. *C. de Fideiuss. L.* 2. *C. de Exsequut. trib.* Et hoc est, quod DD. dicunt; in exsequutivis variare permissum. Vide *Colerum de Processu exsequut. P.* 1. *c.* 8. *n.* 44. *Carpzovium lib.* 4. *Resp.* 39. *n.* 14. & *Menckenium ad tit* 51. *Ord proc. Sax.* §. 37. Accedit argumentum ab arresti realis impositione, quam etsi impetrarit creditor, potest tamen praeterea iure cambii etiam arrestum personale petere. Adde *Ludovici* Einleitung zum Wechsel *Processs cap.* 2. §. 16. Obiicietur mihi forsan regula, quam *Hoppius* aliique ex §. 16. *I. de obligationibus, quae ex delicto* eliciunt: In concursu actionum electivo, semel facta electione, non licet mutare voluntatem. Verum huic regulae tunc saltem locum relinquo, quum lex ipsa facultatem eligendi tam arctis limitibus circumscribit, quod *in isto* §. 16. fit. Alias enim ius poenitendi & variandi salvum est, quemadmodum supra ostendi. Nec obstat porro, quod concursus ipsam debitoris personam sustineat, arg. *L.* 31. §. 1. *de hered. instit.* bis autem adversus

 eandem

eandem perſonam eadem cauſſa experiri non liceat. Iſta enim ficta debitoris per concurſum repræſentatio rei veritatem, qua debitor naturalis perſona extra concurſum manet, non tollit. Pergo ad alterum caſum, quo creditor cambialis, neglecto concurſu, quem alii excitarunt, perſonam debitoris iure cambiali perſequitur. Hoc quoque eidem permitto, quum iura id nullibi vetent. Video tamen, plura hic mihi obiectum iri. Dicent primum diſſentientes, concurſum creditorum iudicium univerſale eſſe, quod omnes lites contra debitorem in diverſis iudiciis motas ad ſe trahat, *L.* 1. & 2. *de quibus rebus ad eundem iudicem eatur*, *L.* 10. *C. de Iudiciis.* Vrgebunt auctoritatem ICtorum celeberrimorum, *Mevii P.* 5. *dec.* 124. *Rivini enunciato iuris* 15. *tit.* 41. aliorumque, qui, moto concurſu univerſali, exactiones particulares ceſſare debere, omnesque creditores ad forum concurſus remittendos eſſe, uno ore adfirmant. Opponent mihi porro *L.* 7. §. 19. *L.* 8. *L.* 9. *L.* 10. *pr. de Pactis*, quibus maioris creditorum partis placita etiam ceteros diſſentientes obligare dicuntur. Tandem effectum ſententiæ præcluſivæ huc trahent, putabuntque, eam tanquam generalem creditoribus etiam cambialibus obſtare. Verum enim vero corruent iſta argumenta omnia largiendo, quod creditor huiusmodi cambialis, qui in concurſu nomen ſuum non profeſſus ſed ſe præcludi paſſus eſt, nullum utique ius in bona debitoris concurſui obnoxia habeat, nec ex iis quidquam creditoribus, qui concurſum peregerunt, præripere poſſit. At ab hoc iure in bona diverſiſſimum eſt ius in perſonam, quod, ſublato illo, confeſtim non tollitur, ſed ſalvum manet. Pendet hoc ius in perſonam ex iure ſingulari & privilegio cambii, nec ſine facto creditoris ei auferri poteſt. Ais forſan, inane fore hoc ius, ſi bona a perſona penitus ſepares. Sed norunt hi, qui in foro verſantur, arreſtationem debitoris extra concurſum non ſemper vanam eſſe, ſed

hoc

hoc ſæpe operari, ut debitor a carcere ſe liberaturus bona quædam latitantia indicet proferatque, vel opem amicorum & conſanguineorum imploret, atque ab his adiutus arreſtantibus ſatisfaciat. Huc pertinet die erläuterte Sächſiſche *Proceſs*-Ordnung *tit.* 52. §. 2.

SPECIMEN CCCCXCI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. VII.

DE

CVRATORE CONCVRSVS.

I.

Cauſſa, ob quam concurſus creditorum cetera iudicia diuturnitate ſuperat, eſt conſtitutio curatoris.

II.

Concurſus etiam ſine curatore eſſe poteſt.

Conqueruntur communiter homines de diuturnitate iudiciorum. Nec ſine cauſſa, ut omnes norunt. Sed iſtæ querelæ nullibi iuſtiores ſunt, quam in concurſu creditorum. Ipſe ego multos eorum novi, qui aliquot annis iam agitati finem tamen hoc, in quo vivimus, ſeculo fortaſſis non habebunt. Qui cauſſam immortalitatis huius in magiſtratus coniiciunt, non errant quidem. Vtilitas, quæ ex concurſibus in magiſtratus redundat, movet eos, ut finem litis, quam poſſunt, longiſſime extrahant. Sed hæc cauſſa, omnibus iudiciis communis, iis non ſatisfaciet, qui ſcire deſiderant, quamobrem iudicium concurſus creditorum longius, quam alia iudicia, vivat. Peculiaris itaque cauſſa hic adſit oportet. Eam vero, poſtquam ſolicite quæſivi, tandem in conſtitutione curatoris inveni. Scilicet curator

ille non poteſt non, quamdiu lis ſpirat, magna emolumenta capere. Intereſt itaque eius, ne illa brevi finiatur. Quamobrem magiſtratui, cui hæc diuturnitas ſimiliter cordi eſt, egregiam hac in parte navat operam, inficiando, dilationes petendo, dubia frivola movendo, probationes ſuperfluas exigendo vel offerendo, leuterando, ſupplicando, appellando. Sic magiſtratui & curatori difficile non eſt, coniunctis viribus concurſum creditorum, qui unius anni eſſe poterat, æternum reddere. Quæ dum conſideraret vir quidam illuſtris, non inepte conſtitutionem curatoris in concurſibus malum neceſſarium appellavit. Cui tamen ego eatenus non adſentio, quatenus conſtitutionem hanc abſolute & ſemper neceſſariam eſſe credit. Equidem non nego, ſuſcitari nonnunquam concurſus intricatos maxime & diffuſorum patrimoniorum, qui ſine curatore dato expediri vix poſſunt. Plerique tamen ita comparati ſunt, ut citius ſine curatore confici queant, dummodo iudex paulo velit eſſe diligentior. Præfigat ille diem, atque in eo creditores omnes adeſſe & probationes ſuas adferre ſub pœna præcluſi iubeat. Audiat deinde in illo die comparentes accurate, examinet ſingulorum iura, dubium, ſi quod ei naſcatur, quærendo, percontando diſcutiat, atque tandem ſententiam definitivam ferat. Nihil ad hæc curatore eſt opus, quem etiam iura noſtra non ſimpliciter deſiderant, ſed tunc ſaltem, quum ſine eo actiones perituræ ſunt, *L. 14. pr. de Rebus auctoritate iudicis.* Et quod ad adminiſtrationem bonorum attinet, hanc iudex, ſi iudicium breve futurum eſt, aut ipſe ſuſcipiat, aut alicui ex adſeſſoribus miniſtrisve ſuis committat, lucellumque hoc extraneo præripiat. Nihil incommodi hic metuendum eſſe, ſed & tempori & ſumtibus parci, ipſe Præſes expertus eſt, qui, ut mihi dixit, binos iſtiusmodi proceſſus in academiæ Iuliæ iudicio ventilatos, alterum conſtituto ſolemniter curatore per multos annos agita-

agitatum adhuc durare, alterum ex eius consilio sine curatore exercitum atque intra annum feliciter decisum, recordatur. Quin in ipsa Saxonia, ubi tamen die erläuterte *Process* - Ordnung *tit.* 41. §. 1. curator confestim in principio concursus constitui iubetur, circumstantiis ita ferentibus & creditoribus consentientibus, curatorem omitti posse ostendi *in Specimine CCCCLXXVIII. de Concursu creditorum in genere, medit.* 3.

III.

Consultum est, curam concursus debitori uxorive eius, praestita idonea cautione, relinqui.

Curam concursus, durante eo, debitori ipsi, viduaeve eius committi posse, ait *Brunnemannus de Processu concursus creditorum cap.* 1. §. 6. Sed dissuadet hoc *Strykius in notis ad h. l.* ex ratione, quod debitor pariter & vidua ipsius de proprio commodo magis, quam creditorum, solliciti sint, ut inde consultius sit, alium dari curatorem. Vera quidem est haec ratio, sed eadem curatoribus extraneis pariter convenit. Ego certe nullum adhuc vidi, qui creditorum commodis magis, quam suis, studeret. Itaque, quum par omnium ratio sit, consultius credo, curam & administrationem bonorum in concursibus debitori uxorive eius relinqui, dummodo idonee caveant. Multa inde bona in creditores redundant. Namque primo salarium, quod extraneis curatoribus solvendum est, debitor uxorve eius exigere non solent, sed gratuitam plerumque operam praestant. Deinde administratio minore impensa ac difficultate ab iisdem, qui olim eam gesserunt, continuatur, quam extraneo mandatur. Porro debitor atque uxor eius rerum gerendarum notitiam meliorem, quam extraneus, habent. Denique illi creditoribus concurrentibus rectius respondebunt, atque exceptiones solutionis, compensationis &c. extraneo forte incognitas, certius opponent. Quamobrem ICti Vitembergenses

ſes menſe Auguſto anni CIↃIↃCCXI. ſic iudicarunt: Daß Annen Roſinen Mentzelin die Verwaltung des Mentzeliſchen Vermögens gegen Beſtellung genugſamen Vorſtandes zu überlaſſen. V. R. W. Poſtea tamen die erläuterte *Proceſs*-Ordnung *tit.* 41. §. 1. clare conſtituit, es ſolle der Schuldener von aller Concurrenz bey der Adminiſtration gänzlich ausgeſchloſſen werden.

IV.

Cura concurſus regulariter adminiſtrationem bonorum & procurationem actionum complectitur.

V.

Curator concurſus debitoris perſonam repræſentat.

VI.

Itaque creditoribus invicem de priori loco litigantibus ſe non immiſcet.

Officium curatoris concurſus duas partes habet, primum adminiſtrationem bonorum, deinde procurationem actionum, quæ & concurſui & in concurſum competunt. Illam communiter curam bonorum, hanc curam litis appellant, nova diſtinctione & iuribus noſtris incognita. Nam ſecundum leges noſtras cura bonorum curam litis ſemper continet, ut ex *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *de Curatore bonis dando* apparet. Sed uſu fori ſæpe utramque curam ſeparari, animadvertas. Vbi tamen hoc non factum, ſed curator generaliter conſtitutus, ambæ officii partes ipſi ſuſcipiendæ ſunt. Quidquid ſcilicet debitori, ſi is bona ſua adhuc poſſideret, faciendum eſſet, hoc etiam curatori, qui perſonam eius repræſentat, incumbit. Quidquid contra ad debitorem non pertinuiſſet, ad hoc nec curator obligatur. Ex quo conſequitur, curatorem litibus, quæ inter ipſos creditores de priore loco agitantur, ſe immiſcere non debere. Memorabo exemplum. Lata erat in concurſu quodam creditorum ſententia,

tentia, quam vocant, claſſificatoria, qua uxor debitoris communis extremo loco poſita ſe graviter læſam queritur & remedio ſuſpenſivo utitur. Id vero remedium non creditoribus, qui ipſi prælati fuerant, ſed ſoli curatori inſinuari, atque hunc, ut ſecum litiget, citari curat. Reſpondet curator, litem eam ad ſe non pertinere, ſententiam itaque, quod remedia interpoſita creditoribus communicata non ſint, in rem iudicatam tranſiiſſe. Actis ad ICtos Helmſtadienſes menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CC XXVII. perlatis, hi quidem curatori adſenſerunt, ſed tamen uxorem ob favorem dotis in integrum reſtituerunt: Würde Leuterantin ihre bereits proſequirte Leuterung den Gläubigern, wider welche ſie gerichtet, communiciren, und ſolche ad excipiendum vorladen laſſen, ſo ſeynd dieſelbe ſich einzulaſſen ſchuldig. V. R. W. Rat. dec. Leuterantin hat das geſprochene Priorität-Urthel geleutert, und vor den ihr vorgeſetzten Gläubigern den Vorzug geſuchet, jedoch nur den Contradictorem zu dem Verfahren laden laſſen. Dieſer ſetzet ihr exceptionem deſertionis und rei iudicatæ entgegen, in Betrachtung, daß die Leuterung nicht ihm, ſondern denenjenigen Gläubigern, wider welche ſie gerichtet, inſinuiret werden ſollen, welches letztere denn der Wahrheit gemäß iſt, indem freylich eines Contradictoris Amt nur dahin gehet, die Richtigkeit einer jedweden Foderung zu unterſuchen, keinesweges aber einem creditori wider den andern beyzuſtehen, und deſſen Vorzug zu defendiren. Bey ſolcher Bewandniß gewinnet es das Anſehen, ob ſey die Leuterung allerdinges deſert. Alldieweil aber caufſa dotis einen groſſen favorem hat, demnach wider das bey Inſinuation der Leuterung begangene Verſehen billig brevi manu in integrum reſtituiret wird, da zumal unterſchiedene gravamina ziemlichen Grund zu haben ſcheinen; So haben wir, immaſſen in unſerem Urthel enthalten, geſprochen. In Saxonia hæc, quæ dixi, expreſſa quoque lege firmantur, in der erläuterten *Proceſs*-Ordnung *tit.* 42. §. 1.

VII.

Curator debitores debitoris communis non in foro concursus, sed apud ipsorum iudicem convenit.

VIII.

Et tenetur curator agens pro reconventione & expensis cavere.

IX.

Tenetur etiam iniuriarum.

Curator concursui datus non solum actiones, quæ adversus debitorem communem instituuntur, excipit, sed & vicissim eas, quæ debitori communi contra eius debitores competunt, instituit & exercet. Et hos quidem non in foro concursus, sed in ipsorum foro convenit, ex generali regula, quæ actorem forum rei sequi iubet. Quod dum facit, ad ea omnia obligatus est, ad quæ alii actores. Cavere igitur cogitur pro reconventione & expensis, *L.* 2. §. 1. *de Curatore bonis dando.* Quin imo si ipse temere egit, aut etiam famoso iudicio innocentem reum convenit, iniuriisque adfecit, expensas de suo solvere debet, & iniuriarum quoque tenetur, ad exemplum advocati & procuratoris fisci, qui, etsi longe favorabiliores sint, istam tamen condemnationem evitare nequeunt. Vide die Reichs-Cammer-Gerichts-Ordnung *P.* 1. *tit.* 16. *n.* 2. & *Specimen L. de caussis odii erga advocatos fisci, medit. ult.* Sic responderunt ICti Helmstadienses mense Martio anni CIƆ IƆ CC XXV. Hat der Curator des Bonemannischen Concursus den Rathsverwandten Schreiber zu Braunsberg dahin, daß dieser einige auf seine Schuld-Foderung genommene Bonemannische Waaren wieder zum Concurse liefern solle, belanget, auch ein beyfälliges Urthel, worinnen überdies der gefoderte Vorstand der Wiederklage und Unkosten halber über-

übergangen worden, erhalten. Entstehet demnach die Frage, ob ein Contradictor eben sowohl, als andere mit unbeweglichen Güthern nicht angesessene Klägere, der Wiederklage und Unkosten halber Vorstand bestellen müsse. Diese Frage ist allerdinges zu bejahen. Denn obgleich die Urthelsfasser darinnen Recht haben, daß die Reconvention in der Haupt-Sache nicht von Beklagtem in Braunsberg angestellet, sondern derselbe mit seinen an den Concurs habenden Foderungen nach Blankenbeck, als das iudicium concursus universale, verwiesen werden müsse, und die Unkosten in Concursen ordentlich niemanden gut gethan werden, so leidet doch beydes einen Abfall alsdenn, wenn der Contradictor Namens des Concurses gegen jemanden eine ungegründete auch wol gar fameuse Klage anstellet, und denselben eines Betrugs oder Diebstahls beschuldiget, gleichwol dessen gänz keinen Grund hat, gestalt in solchem Falle so gar ein Advocatus fisci, also vielmehr ein Contradictor oder andere Kläger, ungeachtet er sein Amt vorschützen möchte, vor seine Person iniuriarum belanget und in die Unkosten verurtheilet werden kann, folglich ex hoc capite der Wiederklage und Unkosten halber Vorstand bestellen muß.

X.

Curatori concursus de iure communi iusiurandum & a creditoribus deferri & a iudice imponi potest.

XI.

At iure Saxonico iusiurandum curatori a creditoribus deferri nequit, a iudice vero imponi potest.

Quum curator concursus personam debitoris sustineat, nihil eorum, ad quae debitor obligabatur, declinare poterit. Igitur nec iusiurandum, quod unus alterve credito-

rum

SPECIMEN CCCCXCII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. VIII.

DE

DEBITORE OBAERATO SVCCESSIONEM SIBI DELATAM REPVDIANTE.

I.

Debitor obæratus & hereditati sibi inposterum deferendæ renunciare & delatam repudiare potest.

II.

Idem ei circa successionem feudalem licet.

III.

Creditores hanc repudiationem, tanquam in fraudem suam factam, revocare nequeunt.

IV.

Contrariam sententiam, etsi æquior videatur, quia tamen aperte cum iure scripto pugnat, nec in iudicando nec in respondendo sequi debemus.

Quum adhuc Helmstadii viverem, venit eo Fridericus Balthasar Hüblerus, Chemniciensis Misnicus, bonarum artium Magister, doctoris iurium honores flagitans, & scriptum a se elaboratum, de marito hereditatem uxoris in fraudem creditorum repudiante, solemniter disputandum offerens. Ego, qui præses illi obtigeram, hæsi ab initio, postquam scriptum istud cum ea, quam huc usque defenderam & respondendo ac iudicando sequutus eram, sententia pugnare animadverti. Passus tamen sum, nomen meum ei præfigi, atque saltem epistolam

 sub-

& merita tua, quæ amorem Tibi meum non conciliant ſed extorquent. Omitto vitæ probitatem & morum elegantiam, quibus omnibus places. Nihil dico de doctoris philoſophiæ honoribus, quos Lipſiæ digniſſime conſequutus es. Commemorabo ſaltem ſpecimina, quæ publice edidiſti. Iam tum anno CIↃ IↃ CC XXVI. præſidente ampliſſimo Gebauero, de actione tutelæ adverſus magiſtratus docte & argute diſputaſti. Deinde anno CIↃ IↃ CC XXVIII. nobile argumentum de eo, quod ſecundum naturalis æquitatis principia nemo tertio valide poſſit ſtipulari, ſolide elaboraſti, & præſes ipſe ex ſuperiore cathedra defendiſti. Veniſti tandem ad nos, doctorem iurium Te renunciare petiiſti, &, ut dignum Te ea dignitate oſtenderes, luculenta edidiſti doctrinæ tuæ ſpecimina, inter quæ præſens, cui epiſtolam hanc ſuffigo, ſcriptum eſt. Omnia in eo tua ſunt, nihil meum. Nolui enim quidquam mutare, ut alii etiam, quantum valeas, certius poſſent iudicare. Non diffiteor, me & ordinem ICtorum Helmſtadienſium abs Te diſſentire, atque contra ſententiam tuam & iudicare & reſpondere ſolere. Scilicet, ut rem paulo altius repetam, generalis quæſtio eſt, an debitor obæratus qualemcunque hereditatem & ſucceſſionem, tam allodialem quam feudalem, ſibi delatam repudiare queat, ita ut creditores eam repudiationem tanquam in fraudem ſuam factam impugnare non poſſint. Negat Vlpianus in *L. 6. pr. Quæ in fraudem creditorum*, debitorem eum in fraudem creditorum alienare, qui patrimonium ſuum vero non diminuit, ſed ſaltem, quum poſſet aliquid quærere, non id egit, ut adquireret. Idem in *L.* 134. *de Reg. iuris* & in *L.* 1. §. 6. *Si quid in fraudem patroni* dicitur. Concluditur inde, poſſe debitorem obæratum ſucceſſioni ad ſe ſpectanti renunciare. Multis hoc iniquum videtur, inprimis *Schiltero*, qui in *Exerc. ad Pand.* 46. §. *ult.* hoc ſimpliciter cum iure naturæ pugnare ait. Alii vero, quia legem prorſus tollere nequeunt, tempera-

peramento adhibito fere eludunt. Distinguunt scilicet, utrum is, cui succeditur, adhuc vivat, an mortuus sit. Illo casu successioni deferendæ licite renunciari fatentur, hoc, quia delata iam sit successio, negant repudiationem fieri posse. Ita late disputat *Carpzovius in decisione* 161. cuius sententiam probat & commendat *Brunnemannus ad L.* 26. *de Bonis libert.* atque in collegiis Saxonicis electoralibus ob manifestam æquitatem receptam esse, testatur illustris *Bergerus in Oeconomia iuris pag.* 297. *n.* 21. Verum enim vero ipse *Bergerus in Electis discept. for. p.* 1117. *n.* 8. confitetur, temperamentum hoc iuri scripto non convenire. Et obsistunt ei aperte verba *legis* 6. *pr.* §. 2. *&* 4. *Quæ in fraudem credit.* Confitetur etiam, Scabinos Lipsienses temperamentum istud reiicere atque secundum leges iudicare. Addere debuisset, ipsum Saxoniæ electorem ab eo recessisse, atque bis apud *Berlichium P.* 2. *dec.* 168. definitive rescripsisse, patrem obæratum posse feudum morte prioris possessoris in se iure simultaneæ investituræ devolutum filiis suis relinquere. Non diffiteor, mihi ipsi hoc duriusculum videri. At quia lex sic scripta est, ICtos secundum eam iudicare & respondere oportet. Fecerunt hoc Helmstadienses mense Aprili anni CIↃIↃCCXXVI. negaruntque, creditores impugnare posse pactum familiæ, quo debitor obæratus se successione feudali abdicarat, quamvis id manifeste in ipsorum præiudicium tenderet, quum creditoribus, si alia bona deficiant, fructus feudi, quamdiu vasallus debitor eiusque filii vivunt, relinquantur. Sic itaque responsum fuit: Wird Unterricht begehret, ob des Philippi Gläubiger an den Lehn- und Erb-Güthern einen Anspruch machen können, und wie ihnen zu begegnen. Nun werden sie sonder Zweifel vor sich anführen, daß die Gläubiger eines Lehn-Mannes die Früchte der Lehn-Güther, so lange der Lehn-Mann und seine männliche Nachkommen leben, wegzunehmen und sich daraus bezahlt zu machen

machen berechtiget seynd, daß ein Schuldner zum Nachtheil seines Gläubigers keine pacta eingehen, noch das ihm zustehende Recht wegschenken könne, und daß der *Lex* 6. §. 2. *Quæ in fraudem creditorum* auf gegenwärtigen Fall, da Philippus durch Unterschreibung des pacti familiæ sich seines ihm an den Großväterlichen Lehn-Güthern zustehenden würklichen Rechtes begeben, und nicht blos einer zukünftigen ungewissen Erbschaft renunciiret, nicht zu ziehen sey. Dennoch aber und dieweil die Gläubiger bey entstehendem Concurse blos an des Schuldners Stelle treten, und eigentlich dessen Person repræsentiren, folglich nur so viel, als solcher Schuldener selbst prætendiren können, fodern mögen, hiernächst aus obangezogenem *L.* 6. erhellet, daß ein Schuldener sich zum Nachtheil seiner Gläubiger nicht allein einer zukünftigen ungewissen Hofnung, sondern auch eines ihm würklich zugefallenen, aber noch nicht in Besitz erlangten Rechtes, begeben könne; So mögen des Philippi Gläubiger dessen Kinder wegen der Lehn- und Erb-Güther nicht in Anspruch nehmen. Hæc est ICtorum Helmstadiensium sententia, in iure scripto, ut puto, innixa. Sed quia tamen tua magis fere æquitati convenit, atque celeberrimorum virorum, illustrium iudiciorum ac collegiorum auctoritate munitur, publice eam ex cathedra, me præsidente, defendi non erubesco. Disputabo tantisper ipse contra eos, qui mihi adsentient, atque tuas theses oppugnabunt. Addo saltem corollaria aliquot de meo, atque dissentientibus, sive illa, sive tuas theses ratiociniis suis impetere, permitto. Quod reliquum est, vale ac res tuas feliciter age. Datum Helmstadii XI. Kal. Iun. anni CIↃ IↃ CC XXIX.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXCIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. VIII.

DE

GESTIS PER DEBITOREM OBAERATVM TAM RATIS QVAM IRRITIS

PVBLICE CVM QVATVOR SEQVENTIBVS DEFENSVM

A

CAROLO BALTHASAR. HVBLERO

CHEMNICIENS. MISN.

NVNC IVRIVM LICENTIATO

VITEMBERGAE

M. FEBR. ANNI CIↃIↃCCXXXI.

Alter nunc annus vertitur, ex quo frater meus, Fridericus Balthaſar Hüblerus, in Academia Iulia, quæ Helmſtadii floret, iurium Doctor publice creatus ac ſolemni more renunciatus eſt. Redux ab hac docta expeditione narravit mihi ac familiaribus ſuis ſæpe, quam fuiſſet in ſortiendo diſputationis ſuæ præſide fortunatus; obtigiſſe quippe ſibi virum humaniſſimum, Leyſerum, a quo comiter exceptus, benevole tractatus, ac rebus omnibus, quas modo deſiderarit, adiutus ſit. Altas hæc narratio animo meo infixit radices. Poſtquam igitur deinde ex indulgentiſſimi parentis conſilio ipſe etiam ad doctoris honores adſpirare inciperem, non diffiteor, me in principio ad eandem Academiam Iuliam, ex qua chariſſimus frater, inſigni laude parta, multisque beneficiis ornatus, redierat, animum

Digitized by Google

animum adiecisse, eandemque fortunam tentare voluisse. Dum delibero, accidit commode, ut, Leyserum illum, de cuius virtute multa, ut supra dixi, prædicarat frater, inde evocatum nunc ICtorum Ordini in Academia Vitembergensi præesse, audirem. Motus hoc nuncio mutavi consilium, atque ad Vitembergenses, doctoris honores ab his petiturus, & eandem, qua frater usus fuerat, Leyseri humanitatem experturus, accessi. Et opitulata est votis meis fati benignitas. Nam quum requirerem, quis præses disputationi meæ futurus esset, Leyserum mihi destinari, non sine mirifica voluptate accepi. Adii itaque lætus virum, qui mihi omnia, quæ posset, liberaliter pollicitus est, & præstitit quoque deinde. Ante omnia deliberationem cum eo habui de eligendo argumento solemni disputationi idoneo. Placuit utrique nostrum, ut, quum frater *de Marito hereditatem uxoris in fraudem creditorum repudiante* Helmstadii disputasset, ego generaliter de iis, quæ a debitoribus obæratis geruntur, agerem, & quousque illa rata irritave sint, investigarem, eademque opera corollaria fraternæ disputationi subiecta luculentius explicarem. Quod institutum ut rectius ac melius exsequerer, præses optimus mihi aditum ad bibliothecam suam aperuit, nonnullas quoque doctas meditationes mecum communicavit, & aliquot collegiorum, quibus adsedit, sententias ac responsa, theses meas illustratura, suggessit. Et sic elaboratum est præsens scriptum, cui si quæ desunt, hæc me in posterum suppleturum esse, si forte hoc opusculum de novo in lucem edetur, promitto. Partitus sum illud in quatuor capita, in quorum primo de his, quæ a debitore obærato cum extraneis geruntur; in altero de his, quæ cum uno ex creditoribus gesta fuerunt; in tertio de creditore, qui solus sibi vigilavit; in quarto de privilegio fisci circa ea, quæ deditor obæratus gessit, ago.

Digitized by Google

AMPLISSIMO VIRO

BALTHASARI HVBLERO

VRBIS CHEMNICIENSIS CONSVLI, IVDICIIS S. R. I. COMITIS DE WAZDORF, AC ILLVSTRIVM SCHOENBERGIORVM ET EINSIDELII PRAEFECTO, CAVSSARVM FORENSIVM ORATORI

SALVTEM DICIT

PRAESES.

Inter omnes humanas iucunditates hæc eſt veriſſima puriſſimaque voluptas, quam ipſi incolumes rebusque omnibus florentes ex liberorum noſtrorum virtute & dignitate haurimus. Et profecto nihil nobis in hac vita poteſt accidere melius magisque optatum. Ita enim a natura facti ſumus, ut horum, qui ex nobis naſcuntur, ſalus charior nobis & antiquior ſit noſtra ſalute. Quidquid hi honoris, quidquid bonorum conſequuntur, noſtrum nobis, non alienum videtur. Igitur & ſuperari ab illis, dulce nobis eſt. Ceſſat invidia & obtrectatio etiam in animis improbiſſimorum parentum, ſi modo non omnem humanitatem exuerunt, tenerrimo amoris adfectu malevolentiam vincente. Quæ quum ita ſint, Vir ampliſſime, non poſſum non felicitatem tuam prædicare. Nolo in te laudare, quæ ex aliis ſaltem, quamvis conſtanti fama, accepi, virtutis præſtantiam, eruditionem, facundiam, integritatem. Commemorabo ſaltem, quæ ipſe vidi & expertus ſum. Veniſti ad me, duobus filiis ſtipatus, ipſe alacer, & ætatem tuam, quam provectam iam eſſe coniicio, belle ferens. Alterum ex his filiis, natu maiorem, iam tum Helmſtadii cognoram, atque ipſe publice produxeram, & poſtquam egregie in erudito cum toto iureconſultorum ordine colloquio & ſolemni diſputatione ſteterat, ſummis illis honoribus, quorum liberam diſtributionem tunc ex Cæſaris maximorum-

que

que principum auctoritate habebam, ornaram. In quem quum nihil a me proficiſci amplius poſſet, commendaſti porro filium natu minorem, atque, ut eandem, quam fratris habuiſſem, huius quoque rationem haberem, flagitaſti. Promiſi, ſi modo virtute & doctrina Tui fratrisque ſui ſimilis eſſet, atque hoc collegio iureconſultorum & toti Academiæ probaret. Recepit ille hoc in ſe, & collegio quidem iam ſatisfecit. Nec dubito, quin & Academiæ in erudito, quod me præſidente ſubibit, certamine ſit ſatisfacturus. Nihil ergo ſupereſt, quam ut tibi eximiam binorum filiorum dignitatem, ac raram, quæ inde in te redundat, felicitatem gratuler. Si quid vota mea apud Deum immortalem poſſunt, gaudio hoc adhuc diu ſalvus & incolumis frueris, filiosque meritis ſuis ad maiora etiam evehi, ſenex vegetus ac lætus videbis. Vale! VI. Kal. Februar. anni CIƆ IƆ CC XXXI.

SPECIMEN CCCCXCIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. VIII.

DE

HIS, QVAE DEBITOR OBAERATVS CVM EXTRANEIS GESSIT.

I.

Quæ debitor obæratus ante conflatum æs alienum geſſit, & titulo ſive oneroſo ſive lucrativo in alium tranſtulit, a creditoribus nequeunt revocari.

 II. *Do-*

II.

Donatarius tamen omnium bonorum, præsentium & futurorum, etsi donatio ante æs alienum conflatum facta, a creditoribus, etiam chirographariis, recte convenitur.

In quæstione: sintne ea, quæ debitor obæratus gessit, rata vel irrita; decidenda maximam temporis, quo quid gestum fuit, rationem haberi oportere, unusquisque videt. Et in principio quidem de his dicendum, quæ debitor tunc, quum adhuc solvendo est, & antequam ære alieno obruitur, gerit. Rata hæc sunt sine dubio, neque a creditoribus impugnari queunt, quocunque titulo gesta sint. Nam & donatarius securus est per claram *L.* 15. *C. de Donationibus.* Quæ lex, quod ad donationes rerum singularium, etsi eæ maximam patrimonii partem constituant, dubium non habet. Sed de donationibus universorum bonorum, præsentium ac futurorum, dubitatum sæpe fuit, & adhuc dubitatur. Valent eiusmodi donationes, quidquid alii in contrarium dicant, quos ex *L.* 34. §. 4. & 5. *C. de Donationibus* & multis aliis rationibus refutavit *Præses meus in Specim. CCCCXXXIII. de Donationibus, medit.* 2. Istiusmodi tamen donatarium omnium omnino bonorum a creditoribus conveniri posse, negavit iam olim *Cynus in l.* 2. *C. Ad L. Iuliam de vi publica*, quem allegat & sequitur *Gothofredus in L.* 15. *C. de Donationibus lit. e. Carpzovius* noster distinguit inter donationes universorum bonorum, quæ mortis caussa, & eas, quæ inter vivos fiunt. Donatarium mortis caussa solvendo æri alieno obstringit *in P.* 3. *C.* 1. *def.* 38. item *in libro* 6. *Responso* 2. Contra eum, cui omnia bona præsentia ac futura inter vivos donantur, ab æris alieni onere liberat *in P.* 2. *C.* 12. *def.* 28. subiecta *in n.* 3. mira hac ratione: *Non enim facit nec facere potest donatio, quin donator heredem habere possit, saltem in iuribus passivis, quæ non possunt venire in donationem.* Credit scilicet *Carpzovius*, eiusmodi

modi donatarium universalem omnia consequi, etiam nomina, seu iura activa, heredem tamen legitimum propterea non excludi, sed succedere, saltem in iuribus passivis, hoc est, demto lucro omni, ad æs alienum de suo solvendum obligari. Posse hæc cuiquam in mentem venire, plerisque nec verisimile videbitur. Heredem habere, emolumenti omnis expertem, onera tamen hereditaria agnoscentem, supra humanam fidem est. Vnicum eius rei exemplum apud *Lucianum in Toxari sive Amicitia* reperio, quod tanquam in suo genere singulare hic a me narrabitur: Eudamidas Corinthius Areteo Corinthio & Charixeno Sicyonio amicis utebatur, & iis quidem opulentis, quum ipse pauperrimus esset. Hic vita decedens testamentum reliquit, aliis fortasse deridiculum. Sic enim in eo scriptum erat: Lego Areteo quidem matrem meam alendam, atque in senecta fovendam; Charixeno vero filiam meam elocandam cum dote, quanta ab illo maxima dari poterit. Erat autem illi mater anus, ac filiola iam matura nuptiis. Si quid autem interim acciderit alterutri, huius quoque partem, inquit, alter habeto. Huiusmodi lecto testamento, ii, qui tenuitatem quidem Eudamidæ noverant, at amicitiam, quæ illi cum his viris intercesserat, ignorabant, rem pro ludo iocoque ducebant. Nemo certe aderat, qui non cum risu discederat, quod eiusmodi hereditatem Areteus & Charixenus essent accepturi, felices videlicet, atque ita aiebant: Siquidem persolvent Eudamidæ, superstites etiam ipsi hereditatem tradent mortuo. At heredes, quibus ista erant legata, ut audierunt, venerunt illico, agnoscentes rataque facientes ea, quæ erant testamento mandata. Itaque Charixenus, quinque duntaxat dies superstes, diem obiit. Areteus autem, unicus successor factus, tum illius, tum suo ipsius suscepto onere, & matrem aluit Eudamidæ, & filiam elocavit, ex quinque talentis, quæ possidebat, duobus in propriæ filiæ dotem, duobus in amici filiam

filiam erogatis, ac nuptias ambarum eodem die fieri voluit. Hæc Lucianus. At enim vero *Carpzovium* de hoc exemplo cogitaſſe, nemo, qui noſtrorum temporum mores novit, ſibi unquam perſuadebit. Ergo rationem illam tam abſonam, tam a ſeculi noſtri genio abhorrentem, *Carpzovio* excidiſſe, credo. Nec leges, quas pro ſententia ſua commemorat, hanc iuvant. Provocat primum ad *L.* 2. *C. de Petit. hered.* in eaque contineri dicit, donationis titulum ſingularem eſſe, non univerſalem, etiam tunc, quum facta eſt donatio univerſorum bonorum. Ego vero tam felix non ſum, ut hanc doctrinam ex *iſta L.* elicere poſſim. Provocat deinde *Carpzovius* ad *L.* 72. *de Iure dotium*, in cuius *principio* Paulus ad propoſitam quæſtionem: an maritus, cui mulier bona ſua omnia in dotem dedit, quaſi heres oneribus reſpondere cogatur; reſpondet: eum quidem, qui tota ex repromiſſione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus eius conveniri non poſſe. Eſt hoc aperte pro *Carpzovio*. Addit vero idem Paulus: *ſed non plus eſſe in promiſſione bonorum, quam quod ſupereſt, deducto ære alieno.* Applicemus hæc ad donatarium univerſalem. Non poſſe eum tanquam heredem a creditoribus conveniri, fateor. Neque enim eſt heres. Caveat modo, ne quid ſibi ex bonis donatis arroget ante, quam omne æs alienum ex iis fuerit perſolutum. Quodſi ſecus faciat, creditores eum non tanquam heredem, ſed condictione ſine cauſſa, aut tanquam malæ fidei poſſeſſorem imploratione officii iudicis convenient. Certe donatarius univerſalis, etſi heres non eſt, eſt tamen totius iuris ſucceſſor, quoniam bona omnia, etiam, quæ donator animam agens adquiſivit, nanciſcitur. Igitur ipſa *lex* 15. *C. de Donationibus* onus ſolvendi æris alieni ipſi imponit verbis: *Sed totius iuris ſucceſſoris onus eſt.* Nec poteſt aliter ſalva æquitate, quæ cauſſam creditorum de damno vitando ſolicitorum potiorem eſſe donatarii, merum

rum lucrum captantis, caussa iubet. Consentiunt mecum, ut ex Præside accepi, ICti Vitembergenses quemadmodum ex sequenti exemplo constabit: Donata alicui erant ac tradita bona omnia. Supervenit quis, cui donator ex deposito quadringenta debebat, atque horum restitutionem a donatario petit. Hic exceptionem non competentis actionis opponit; quæ exceptio tanti momenti visa est iudici, ut ex consilio celeberrimi collegii iuridici actorem confestim a limine iudicii repelleret. Hic vero, leuteratione interposita, obtinet, ut acta ad ICtos Vitembergenses mitterentur, qui mense Octobri anni CIↃIↃCCXXX. sic correxerunt priorem sententiam: Dieweil Beklagte durch die universelle Schenkung totius iuris successores geworden, mithin nach deutlicher Vorschrift der Rechte, und nach der natürlichen Billigkeit, welche mit des andern Schaden sich zu bereichern verbietet, die Schulden übernehmen müssen; So hat die Klage allerdinges statt.

III.

Donatio rei singularis ante conflatum æs alienum facta, & traditione consummata, nequit per creditores supervenientes revocari, tametsi res donata maximam bonorum debitoris partem constituat.

IV.

Istiusmodi donatio nec ab ipso debitore ex capite propriæ indigentiæ revocari potest.

V.

Licebit tamen donatori, post donationem ad incitas redacto, alimenta a donatario petere.

Digitized by Google

VI.

Debitor obæratus, qui ex donatione ante conflatum æs alienum quidem facta, sed per traditionem nondum consummata convenitur, donatarium petentem exceptione æris alieni recte repellit.

VII.

Quin imo, si ipse a creditoribus urgeatur, etiam ad rescissionem donationis per traditionem nondum consummatæ agere potest.

Postquam de donatione universali actum, dispiciendum nunc porro est de donationibus rerum singularium. In his etiam faciendis sæpe homines tam sunt liberales aut profusi potius, ut, exhausta per eas maxima bonorum parte, ipsi esurire incipiant & æs alienum conflare cogantur. Deducti deinde in extremas angustias sero sapiunt, atque donationem factam & ipsi & creditores eorum oppugnant. Oriuntur inde intricatæ lites atque ancipites quæstiones, quas ego quidem ea ratione, quam in præmissis thesibus explicui, decidendas esse existimo; nec tamen diffiteor, ipsam hanc decisionem difficultatis & dubii plurimum habere. Commisit ea ante aliquot annos inter se ICtos, quibus illustris dignitas & summa eruditio æternam laudem iam diu peperit. Rem totam, sicut ex Præside meo accepi, narrabo: Civis quidam, locuples satis, consuli suo agrum donarat, & more Saxonico solemniter in iudicio resignarat, sibi ipsi autem, quoad viveret, possessionem & usumfructum eiusdem reservarat. Interiectis aliquot post donationem annis, donator æs alienum conflare incipit, eoque tandem oppressus foro cedit. Confluunt igitur creditores, atque in bonorum ab obærato relictorum possessionem mittuntur. Interea debitor regem, cui suberat, supplex adit, agrum istum maximam bonorum suorum partem esse ostendit, atque se, si dominium eius sibi restituatur, facile creditoribus suis satis-

tisfacturum dicit, petit ergo, ut donatio rescindatur. Motus iis precibus rex, ne tamen quidquam præcipitet, duos ICtos Hallenses magni nominis caussam accurate cognoscere, & quid de ea sentiant, ad se referre iubet. Parent hi, atque post accuratum caussæ examen respondent, donationem rescindi oportere: Wir haben nöthig befunden, Ew. Königl. Majestät vorzutragen, welcher Gestalt der Supplicanten Schulden, ohne die Interesse und Unkosten, auf 3053 Thaler 10 Groschen sich belaufen, hingegen aber dieselben, ausser der quæstionirten Hufe Landes, als welche vor 1800 Thaler gekaufet, und nach dem jetzigen Preise 2000 Thaler werth seyn soll, nicht so viel in bonis haben, daß derselben Creditores davon können befriediget werden, zu geschweigen, daß die Supplicanten davon ihre Lebens-Mittel haben würden, sondern vielmehr in ihrem Alter in der äussersten Armuth und Dürftigkeit, wie auch in squalore perpetui carceris ihrer Schulden halber crepiren müsten, dahingegen aber, wenn die Donationes aufgehoben, und denen dürftigen Leuten ihre verschenkte Hufe wieder zurück gegeben werden sollte, sodann nicht nur die Creditores, worunter ebenmäßig welche nothdürftig sind, als insonderheit der Schiffer Marcus, contentiret, sondern auch die Debitores dadurch conserviret werden können: Dann obwol, Allergnädigster König und Herr, nicht zu leugnen, sondern eingeräumet werden muß, daß die fol. act. 26. & sqq. befindliche Donationes ihre Richtigkeit haben, und ob wol auch an dem, daß die Donatores dem *L. 8. C. de revocand. donat.* iudicialiter renunciiret haben, folglich de iure stricto einem dasjenige, was ihm durch eine Uebergabe unter den Lebendigen einmal gerichtlich übereignet und zugewendet worden, nicht so schlechterdings ob ius ex tali donatione quæsitum wiederum entzogen werden kann, ingleichen, quod contra renunciata non detur regressus; dennoch aber, und daferne ein solcher Donator, wie die Supplicanten, des geschenkten Guthes zu seiner Alimentation und nothdürftigen Unterhalt selber höchst bedürftig,

 also,

also, daß er ohne dasselbe Noth und Mangel leiden müste, und wann über dieses annoch durch eine sothane Donation der tertius, so an den Donatorem zu fodern hat, mit in äussersten Ruin seiner Nahrung auf einmal gesetzet würde, so könnte bey sothaner Bewandniß, nach vieler DD. Meynung, eine solche Donation propter æquitatem naturalem, so dem rigori scripto zu præferiren, wol revociret werden, dieweilen eine jede Donation so zu interpretiren, ne donator liberalitate sua inops factus periclitetur, und daß der tertius, wie nemlich hier die Creditores, dadurch nicht lædiret werde, per *L.* 33. *de Iure dot. L.* 9. §. *ult.* & *L.* 50. *ff. de re iudicata, L.* 17. §. 1. *quæ in fraudem credit.* allermassen denn auch die Scabini Lipsienses bey dem *Schilter in sua praxi iuris Romani lib.* 39. *tit.* 5. §. 23. sententioniret haben sollen, daß eine Donatio ob paupertatem donatoris supervenientem revociret werden könne, welchem zugleich mit adstipuliret *Tiraquellus ad L.* 8. *C. de revocand. donat.* §. *omnia vel partem* 12. *fol.* 99. und hätte dieses um so vielmehr sodann statt, wenn die Donation zugleich auch den Creditoribus zum præiudiz gereichet, cum satis absurdum esset, creditoribus ius suum persequentibus auxilium legitimum denegari, his vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare iuxta *L. fin.* §. 5. *C. de iure deliber.* cui & regula iuris applaudit, melius esse favere repetitioni, quam adventitio lucro, *L.* 41. §. 1. *ff. de R. I.* Qua relatione comperta, donatarius vicissim impetrat, ut idem negotium duobus purpuratis in ipsa aula committatur. Isti novi commissarii a prioribus dissentiunt, atque, donationem ob superveniens æs alienum rescindi posse, negant: Zwar haben vorige Commissarii nach *Schilters* und *Tiraqu.* Sentiment dafür gehalten, es könnte diese donatio ob paupertatem der donatorum revociret werden; weil sie aber zum Fundament nur eine interpretationem extensivam setzen, andere DD. auch das contrarium behaupten, *vid. Zoes. ad C. de Revoc. don.*

don. qu. 1. (*a*), so kann hierunter a privatis nichts gewisses determiniret werden. Tum rex incertior, quam ante fuerat, scribit iterum ad ICtos Hallenses, ut rem denuo maiore cura considerent & iudicent. Illi vero, se nihil videre, quamobrem sibi a priore sententia recedendum sit, rescribunt: Alldieweiln wir dann bereits in unserem an Ew. Königl. Majestät allerunterthänigst abgestatteten Berichte weitläuftig cum rationibus deduciret haben, daß propria indigentia caussa revocandi donationem sufficiens sey; Als halten wir noch dafür, daß ex illo capite besagte donationes nicht alleine ob auctoritatem aliquorum Doctorum, sondern auch hauptsächlich, da in *lege Si sponsus* 5. §. *concessa donatio & in L. sed si vir* §. *quod legatum de donat. inter virum & uxor.* klärlich enthalten, quod, si donans ex donatione fiat pauperior, & donatarius locupletior reddatur, talis donatio non valeat, cuius ratio naturalis in eo consistit: quod nemo cum alterius damno locupletior fieri debeat, revocirt werden können. Und hat solches um so viel mehr allhier statt, dieweil ein tertius, nemlich die creditores, mit dabey interessiret sind. Denn obgleich einige Doctores nebst den vorigen Commissariis daran zweifeln, so geschiehet doch solches nur in donationibus, quarum traditio statim facta, nicht aber in aliis, ubi traditio suspensa post mortem demum, aut ubi retinetur rei donatæ ususfructus. In hac incertitudine optimum videbatur, collegium iuridicum consuli. Mittuntur ergo acta ad Francofurtenses, qui purpuratis adsentiunt: Es ist auf jetzige Armuth der Kläger allein um so viel weniger zu reflectiren, je weniger die von denen Herren commissariis Hallensibus f. 71. Vol. 1. act. Commiss. angeführte Privat-Meynung einiger Doctorum, als ob propter paupertatem supervenientem eine donation wieder vernichtet werden könne, in Rechten gegründet ist, immassen dieselben zwar vermögen, daß ein verarmter Donator, dafern er ex donatione belanget wird, sich des beneficii competentiæ bedienen könne, *L.* 12. *ff. de donat.*

 L. 28.

L. 28. *ff. de Reg. iur.* jedoch demselben nirgends einige Befugniß, eine bereits vollzogene Donation zu revociren, einräumen, wannenhero auch solcher Meynung die bewehrteste Rechts-Lehrer, wie allbereit von denen erleuchteten Herren Commissariis Berolinensibus f. 92. Vol. Act. Comm. erinnert worden, ausdrücklich widersprechen, *Zoes. ad C. de revoc. donat. qu.* 1. *a.* Endlich auch dieses Klägern nicht wol zu statten kommen kann, daß, im Fall die halbe Hufe quæst. nicht wieder ad massam bonorum gebracht werden sollte, verschiedene theils arme Creditores, und insonderheit der intervenirende Marcus, wegen ihrer Darlehne und Foderungen periclitiren, und ihre Befriedigung nicht erhalten würden, immassen zwar unbillig ist, creditoribus ius suum persequentibus auxilium legitimum denegari, his vero, qui pro lucro certant, leges accommodari *L. fin.* §. 4. *C. de Iure deliber.* gleichwol aber die Gläubiger kein anderes auxilium legitimum haben, als actionem Paulianam, welche aber, bekannten Rechten nach, alsdenn erst statt findet, wenn ihr Schuldner etwas in fraudem creditorum veräussert, *L.* 6. §. 11. *quæ in fraud. cred.* daher auch dieses auf gegenwärtigen Fall, da Klägere zur Zeit, da sie die halbe Hufe quæst. verschenket, annoch in gutem Stande, wenigstens mit Schulden noch nicht überhäuft gewesen, sich keinesweges appliciren lassen will. Adflictus hoc iudicio donator remedio leuterationis utitur, quo aliquamdiu ventilato, acta mense Iunio anni CIↃ IↃ CC XXVII. ad ICtos Helmstadienses ablegantur, qui, correcta Francofurtensium sententia, donationem resciderunt: Daß die gethane Schenkung wieder aufzuheben, jedoch die beyderseits verursachte Unkosten zu compensiren. V. R. W. Rat. dec. Klägere haben im Jahre 1711. des Bürgermeisters Hortensii Tochter eine halbe Hufe Landes gerichtlich geschenket, nachgehends aber, als es mit ihnen wegen ihrer Schulden-Last zum Concurse gekommen, solche Schenkung aus vielen Ursachen, insonderheit ex capite propriæ indigentiæ und præiudicii creditorum, wieder umzustossen gesuchet. Nun würden

den wir allerdinges auf die propriam indigentiam ein Absehen gerichtet, und ex hoc capite die Revocation verstattet haben, dafferne Klägere ihnen nicht die Nutzniessung des Guthes auf ihre Lebens Zeit vorbehalten hätten. Denn ein donator, der in Armuth geräth, kann von seinem donatario mehr nicht, als die nothdürftige Alimenta, und keinesweges die geschenkte Sache selbst fodern. Also könnten Beklagte, wenn sie auch das Land vollkommen geschenket erhalten hätten, doch zu weiter nichts angehalten werden, als so viel von den Früchten herzugeben, welches zu nothdürftigem Unterhalte der Klägere hinlänglich wäre. Mit dem praeiudicio creditorum hat es gleichfalls einigen Zweifel. Zwar scheinen den Klägern die Rechte in *L.* 19. §. 1. & *L.* 49. *de re iudicata*, welche einem donatori alle seine Schulden von der Schenkung abzuziehen vergönnen, zu statten zu kommen. Allein es wird von Beklagten dagegen erinnert, daß die angeführte Leges nur von dem casu, da der donator die geschenkte Sache noch nicht übergeben, handeln, hier hingegen die Uebergabe gleich Anfangs sowohl durch die gerichtliche Auflassung, als durch die reservationem usufructus geschehen, *L.* 28. *C. de Donationibus*, ein donatarius aber nach geschehener Uebergabe von den creditoribus, sonderlich wenn die Schulden erst nach der Schenkung entstanden, nicht angefochten werden könne, per claram *L.* 15. *C. de Donationibus*. Inzwischen, da die Uebergabe nicht wahrhaftig, sondern nur ficte und brevi manu geschehen, Klägere also in der That Besitzere geblieben, so glauben wir allerdinges, daß den Beklagten, wenn sie dereinst die würkliche Uebergabe fodern sollten, die exceptio ex *L.* 19. & 49. *de Re iudicata*, vermöge deren alle Schulden von der Schenkung abzuziehen seyn, im Wege stehen möchte, und zwar um so viel mehr, da auch nach den Regeln der Billigkeit, welche dem stricto iuri billig vorgezogen wird, *L.* 8. *C. de Iudiciis*, die de damno vitando besorgte creditores dem von Beklagten intendirten lucro vorgehen. Diesemnach halten wir dafür,

Digitized by Google

für, es sey so viel vorhanden, daß die gethane Schenkung über den Haufen gehen müsse.

VIII.

Quæ debitor obæratus ante motum concursum bona fide gerit, rata sunt.

IX.

Is, qui rem debitoris obærati sub hasta emit, pacta omnia, quæ debitor olim circa eam rem bona fide iniit, servare debet.

X.

Servari etiam ex utraque parte debet locatio & conductio iure communi.

XI.

Ius Saxonicum novum creditoribus, moto concursu, locationem rescindere permittit.

XII.

An idem conductori facultatem recedendi a conductione tribuat, dubitatur.

Postquam de his, quæ debitor ante conflatum æs alienum gessit, dictum, dicendum nunc est de iis, quæ obæratus quidem, sed ante excitatum creditorum concursum, gerit. In his, multum interest, bonane an mala fide egerit. Quæ bona fide egit, rata sunt. Atque hoc non saltem in alienationibus verum, sed magis etiam in pactis. Itaque in re, quæ sub hasta venditur, servanda sunt omnia pacta, quæ debitor ante creditorum concursum bona fide circa eam iniit. *L.* 8. §. 1. *de Rebus auctoritate iudicis.* Errant igitur *Carpzovius P.* 2. *c.* 33. *def.* 3. & *Philippi de Subhastationibus cap.* 4. *comm.*

Digitized by Google

comm. 12. *n.* 33. exſtimantes, in concurſu creditorum rem, in qua alteri ius protimeſeos pacto promiſſum, certumque pretium ſtatutum eſt, ſub haſta tamen, quanti plurimi poſſit, vendi nec fidem pacti ſervari oportere. Porro ex *eadem L.* 8. apparet, neque creditores, qui bona debitoris obærati diſtrahunt, neque emtorem ſub haſta recedere poſſe a locatione, quam debitor obæratus bona fide ſuper prædiis ſuis iniit. Ergo, ut ipſis quoque conductio a conductore ſervetur, æquum eſt. Succedunt enim plene in locum & iura locatoris. Hac tamen in parte Rex Poloniarum in Saxoniæ Electoratu ius commune mutavit. Clara ſunt verba der erläuterten *Proceſs*-Ordnung *tit.* 39. §. 4. Auf welche Art es auch, wenn ein Concurs entſtehet, zu halten, und der Schuldner längſtens, ſo bald es zur Subhaſtation kömmt, aus dem Guthe zu exmittiren; Immaſſen denn auch, wenn der Schuldner das Guth vorhero verpachtet gehabt, der Pachter darinnen, wenn es nicht mit Bewilligung derer Creditorum geſchiehet, da er gleich die Pacht-Gelder prænumeriret, oder eine gerichtliche Hypothec erlanget hätte, gleichfalls nicht zu laſſen, ſondern ſolche Pacht ſo dann vor erloſchen zu achten, und der Pachter wegen ſeiner Forderung zum Concurs zu verweiſen. At circa novam hanc legem grave dubium oritur, num idem, quod creditoribus & emtori ſub haſta permittitur, conductori quoque liceat, ut hic, etſi creditores locationem ante concurſum initam continuare malint, eam invitis etiam illis renunciare queat, an vero creditores invitum conductorem usque ad finem temporis in contractu ſtatuti retinere poſſint. Subſiſto & æquales video in utramque partem rationes. Pro creditoribus eſt, quod ii, moto concurſu, in locum debitoris per omnia ſuccedant, ac iura eius conſequantur, quod novum iſtud ius in favorem creditorum introductum in odium eorum detorqueri non oporteat, quod ius correctorium ſtricte ſit interpretandum, atque

in dubio ius vetus, quatenus expresse mutatum non est, retinendum, quod iure veteri conductor creditoribus post motum concursum obligatus maneat, quod denique verba legis Saxonicæ: wenn es nicht mit Bewilligung der Creditorum geschiehet; creditoribus aperte faveant. Contra pro conductore est, quod iura utrinque æqualia & reciproca esse debeant, quod tam æquitas, quam ius commune scriptum conductori iisdem casibus, quibus successori singulari locationem rescindere permittit, *L.* 9. *C. de Locato*, eandem facultatem tribuit, *L.* 23. *Locati*, quod denique verba legis Saxonicæ: solcher Pacht so dann vor erloschen zu achten; conductori faveant. In summa hac incertitudine ab interpretatione privata religiose abstineo, memor eorum, quæ in ipsius novæ legis præfatione præcipiuntur, atque decisionem legislatoris lubens exspecto. Quia is tamen in eadem præfatione die Beyfügung seines unvorgreiflichen Gutachtens requirit, non dissimulo, argumenta pro conductore mihi & fortiora & æquiora videri.

XIII.

Quæ debitor obæratus in fraudem creditorum donat, revocantur, tametsi donatarius fraudem non participarit.

XIV.

Venditio infra iustum pretium a debitore obærato facta eatenus donatio est, ac pro ea parte rescinditur.

Venio porro ad ea, quæ debitor obæratus ante motum concursum, sed mala fide & animo fraudandi creditores, gerit. Multum hic interest, quo titulo quid gestum sit, oneroso an lucrativo. Quæ titulo lucrativo gessit & in alium transtulit, irrita sunt indistincte, sive alter, in quem res translata est, fraudis particeps fuerit, sive non, *L.* 6. §. 11. *Quæ in fraudem creditorum.* Is ergo, cui aliquid a debitore obærato, quamvis concursui nondum implicito, donatum fuit, simpliciter a creditoribus convenitur, qui dolum eius in

in libello nec allegare quidem necessum habent. At enim vero sciendum est, pro donatione etiam reputari venditionem, a debitore obærato infra iustum pretium factam, non totam quidem, sed pro ea parte, qua infra veram æstimationem est. Id quod non solum iuri scripto in *L. 38. de Contrab. emt.* sed magis etiam æquitati convenit, secundum quam potior est semper creditorum, de damno vitando solicitorum, quam donatarii, qui cum aliorum detrimento locupletari non debet, caussa. Dissensisse hic tamen aliquando inter se ICtos Lipsienses & Scabinos Vitembergenses, narravit mihi Præses. Agebat videlicet creditor quidam contra debitoris sui, qui foro cesserat, uxorem ex eo, quod illa a marito, antequam aufugisset, domum infra iustum pretium emisset, petebatque, ut illa sibi vel debitum solveret, vel domum traderet, recepto pretio, quod ipsa marito solvisset. ICti Lipsienses actorem confestim a limine iudicii repulerunt, addita ratione, quoniam fundamentum actionis in participata fraude, quod tamen ad rescindendum contractum onerosum necessarium sit, non posuisset. Sed interiecta a creditore leuteratione, Scabini Vitembergenses rati, suffecisse, quod actor in libello venditionem infra iustum pretium factam allegasset, mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXX. sic correxerunt priorem sententiam: Nunmehro aus den Acten und der Partheyen rechtlichem Einbrigen so viel zu befinden, daß, weil der zwischen Intervenientens Principalin und ihrem Ehemanne getroffene Kauf, in so weit er unter dem wahrhaften Werth ist, vor eine Schenkung geachtet wird, demnach zum Nachtheil des Klägers, als Gläubigers, nicht bestehet, so ist Intervenientens Principalin Klägern entweder die fol. 69. liquidirte Gelder, sammt den fernerweit aufgelaufenen Zinsen zu bezahlen, oder das erkaufte Haus gegen Empfahung zwey hundert Thaler und Uebernehmung der in dem Kauf-Briefe angezogenen Schulden abzutreten verbunden. V. R. W.

XV.

Contractus onerosus in fraudem creditorum celebratus non aliter revocatur, quam, si uterque contrahens fraudis conscius fuit.

XVI.

Fraus ergo utriusque & in libello allegari, &, si negetur, probari debet.

XVII.

Sufficiunt tamen utrobique indicia.

XVIII.

Tale indicium est, quando quis a debitore, quem solvendo non esse scit, rem emit.

Venio ad contractus mere onerosos, venditionem, permutationem, cetera. Hi, quamvis a debitore obærato mala fide celebrati sint, non revocantur tamen aliter, quam si alter contrahens, in quem res translata est, fraudem participavit. Creditores igitur rem revocaturi & allegare fraudem possessoris in libello & probare eandem, siquidem negetur, debent, *L.* 6. §. 8. *Quæ in fraudem creditorum.* At enim vero, quum dolus ex legitimis etiam indiciis probetur, *L.* 6. *C. de Dolo malo*, non est necesse, ut ipsa vox doli fraudisve in libello allegetur, sed sufficit, istiusmodi circumstantias commemorari, ex quibus fraus elucescit, *L.* 17. §. 1. *Quæ in fraudem creditorum.* Dissentiunt hic iterum ICti Lipsienses & Vitembergenses, ut ex Præside accepi. Moto nempe concursu creditorum, curator bonorum adversus possessorem prædii a debitore obærato olim possessi agebat, & fundamentum actionis claris verbis in eo ponebat, quod is a debitore, quem obæratum & solvendo non esse scivisset, prædium infra iustum pretium emisset. Sed

Sed repulsus est a limine iudicii per ICtos Lipsienses, addita ratione, quod doli mentionem nullibi in libello fecisset. Leuteravit igitur, obtinuitque, ut ICti Vitembergenses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXX. priorem sententiam hunc in modum corrigerent: Nunmehro aus den Acten und der Partheyen rechtlichem Einbringen so viel zu befinden, daß die Klage, weil ein Käufer, welcher weiß, daß sein Verkäufer ganz verschuldet und nicht mehr solvendo sey, und nichts desto weniger von demselben einige Güther, noch darzu um einen geringen Preiß, erkaufet, sonder Zweifel den Vorsatz hat, daß die Gläubiger verkürzet werden sollen, auch, wenn er gleich solchen Vorsatz nicht gehabt hätte, gleichwol in so weit, als er die Güther um einen geringen Preiß und unter ihrem wahrhaften Werth erhandelt, pro donatario geachtet wird, folglich nach deutlicher Vorschrift der Rechte den Gläubigern schlechterdings obligiret ist, angebrachter massen statt hat. Und weil Beklagter darauf geantwortet, und derselben nicht allenthalben geständig, so ist dessen Principal den ihm über den fünften Klage-Punct deferirten Eyd, nach vorhergehenden des Klägers Eyd vor Gefehrde, abzuschwören, Kläger hingegen die ihm abgeleugnete übrige Puncte, mit Vorbehalt des dem Beklagen zustehenden Gegenbeweises, Eydes Delation und anderer rechtlichen Nothdurft, binnen Sächsischer Frist zu beweisen schuldig. V. R. W.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXCV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. VIII.

DE

HIS, QVAE DEBITOR OBAERATVS CVM VNO EX CREDITORIBVS IN RELIQVORVM DAMNVM GESSIT.

I.

Debitor obæratus ante motum concursum uni ex creditoribus recte solvit.

II.

Idem in cessionibus, delegationibus, adsignationibus iuris.

Quousque debitor obæratus uni ex creditoribus gratificari possit, satis clare in *L.* 6. §. 6. *seqq. L.* 24. *Quæ in fraudem credit. L.* 6. §. 2. *L.* 12. *pr. de Rebus auctoritate iudicis* constitutum est. Atque tamen nullus fere concursus creditorum excitatur, in quo non maximæ circa hanc gratificationem disputationes ventilantur. Scilicet creditores, qui nihil aut parum ex concursu consequuntur, ægre ferunt, aliis paria & nonnunquam minora iura habentibus ex asse satisfactum esse. Examinant igitur omnia solicite, &, num quo ex capite istiusmodi gratificatio impugnari possit, subtiliter inquirunt. Rem exemplis aliquot illustrabimus. Moto concursu, quum curator, corpus bonorum constituturus, debitores debitoris ad solvendum cogeret, atque unus ex his integram summam

mam persolveret, creditor quidam intercedens partem de ista summa detrahebat, sibi illam a debitore communi adsignatam dicens. Indignati creditores ceteri quærebant, num quæ sibi actio adversus hunc concreditorem ad extorquendum id, quod abstulerat, suppeteret. Interrogati ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃCCXIX. responderunt, multum interesse, utrum adsignatio post motum concursum, an ante illum facta sit, si hoc, creditoribus reliquis actionem revocatoriam competere, si illud, ius agendi eis non esse. Nam adsignatio, simulac a debitore facta & a creditore acceptata fuit, instar solutionis est, *arg. L.* 8. §. 3. *Ad S. C. Velleianum* & *L.* 187. *de Verborum signif.* Vide *Strykii usum modernum lib.* 18. *tit.* 4. *de Iure assignationis* §. 20. qui recte in §. 30. unumquemque, ait, qui solvere possit, etiam adsignare posse. At debitor quamdiu bona eius possessa non sunt, etsi obæratus sit, solvere potest, per *leges* in principio huius §. *allegatas*, ergo & adsignare, ita, ut creditores id revocare non possint. Adiiciam verba responsi, a Præside mihi benevole suppeditati: Will der Königl. Groß-Britannische Hof- und Cammer-Agente, Michael David, die an ihn auf Befehl des Herrn Bischofs zu Münster und Paderborn gesandte 1499. Thaler 14. Groschen nicht ganz an den Stißmeyerschen Concurs, welchem sie hochgedachter Herr Bischof schuldig gewesen, bezahlen, sondern davon wegen eines von Stißmeyern ehemals an ihn ausgestellten Wechsels und auf gemeldeten Herrn Bischof gegebenen Assignation 650. Thaler innen behalten. Entstehet also die Frage: Ob derselbe dessen befugt, und nicht vielmehr die 650. Thaler in massam bonorum zu conferiren, und sich hingegen mit seiner Foderung an den Concurs zu halten schuldig, auch dieserhalben von dem Curatore bonorum in Anspruch zu nehmen sey? Nun kommt die Entscheidung solcher Frage fürnemlich auf die Zeit, zu welcher die gerühmte Adsignation geschehen, an. Hat Michael David solche

von

Digitized by Google

von dem Schuldner erhalten, da der Concurs gegen ihn noch nicht entstanden gewesen, und keiner von den übrigen Gläubigern auf die Zahlung gedrungen, so ist solche zu Recht beständig, und mag von wegen des nachgehends entstandenen Concurses nicht revociret werden, in Ansehung, daß die Adsignation, welche der Schuldner thut, und der Gläubiger annimmt, in Rechten vor eine Zahlung geachtet wird, und ein jeder, welcher zu bezahlen Macht hat, auch adsigniren kann, folglich Stißmeyer, ehe der Concurs entstanden, oder andere Gläubiger der Zahlung halber in ihn gedrungen, Michael Daviden an seine bey dem Herrn Bischof gestandene Schuld-Foderung zu weisen wol berechtiget gewesen, und den andern Gläubigern kein ius revocandi zustehet, dawider nichts thut, daß allhier keine Novation vorgegangen, und die Zahlung von dem Herrn Bischof erst nach entstandenem Concurs geschehen, indem weder der Mangel der Novation, noch späte Zahlung, Michael Daviden sein Recht, welches er alsofort durch die geschehene und von ihm acceptirte Adsignation erlanget, nehmen kann. Daferne aber Stißmeyer die Anweisung bereits nach entstandenem Concurs, oder doch, nachdem er von einem und dem andern Gläubiger in Anspruch genommen worden, gethan, so ist der Curator bonorum wol befugt, im Namen des Concurses diesen Handel umzustossen, Michael Daviden zu Bezahlung der 650 Thaler anzuhalten, und mit seiner Foderung an den Concurs zu verweisen.

III.

Debitor obæratus res suas ante motum concursum uni ex creditoribus recte in solutum dat.

IV.

Creditores tamen hypothecarii res adhuc exstantes vindicant.

V.

Digitized by Google

V.

Earum etiam rerum, quæ post institutam actionem consumtæ sunt, æstimationem condicunt, non vero earum, quæ ante.

Datio in solutum solutionis species est, *L.* 46. *de Vsurpationibus.* Igitur debitor obæratus, quum ante concursum uni ex creditoribus solvere possit, *L.* 6. §. 7. *Quæ in fraudem cred.* potest etiam res suas in solutum dare. Deterior tamen est creditorum, qui res in solutum acceperunt, quam illorum, quibus pecunia soluta fuit, conditio. Qui pecuniam nacti sunt, numos cum suis commixtos irrevocabiliter adquirunt. *L.* 78. *de Solutionibus.* At in eos, quibus res in solutum dantur, res hæ cum onere suo transeunt. Igitur, si quidem eæ res ante alii obligatæ fuerunt, hic ius pignoris sine dubio retinet, atque adeo actionem hypothecariam adversus præsentem possessorem instituit, *L.* 12. *pr. Qui potiores in pignore.* Quodsi tamen creditor res sibi in solutum datas ante institutam contra se actionem alienavit vel consumsit, securus est deinde. Aliud, si post institutam actionem alienavit vel consumsit. Tunc enim tenetur, tanquam qui dolo malo possidere desiit. Clara est *lex* 16. §. 3. *de Pignoribus*, secundum quam ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXX. iudicarunt: Daß Beklagter diejenige Tücher, welche am 18. Sept. 1717. bey ihm oder seinem Gevollmächtigten annoch vorhanden gewesen, und den Werth deren, welche nach dieser Zeit verhandelt worden, Klägern bis zu seiner völligen Befriedigung auszuantworten schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Wir seynd darinnen mit den vorigen Urthelsfassern vollkommen einig, daß der gemeinschaftliche Schuldener Conradi vor entstandenem Concurse dem Beklagten, einem schlechten chirographarischen Gläubiger, welcher sich aber bey Zeiten gemeldet, und seine Bezahlung mit Nachdruck urgiret, also mehr, als Kläger und die übrige Gläubiger, vigiliret, die Zahlung thun können, und die an-

 dere,

dere, obgleich hypothecarische Gläubiger, das gezahlte actione Pauliana von ihm wieder zu fodern nicht berechtiget seynd. Diesemnach würden wir, im Fall Beklagter mit baarem Gelde befriediget worden wäre, den Kläger mit seinem Suchen gänzlich abgewiesen haben. Nachdem derselbe aber statt Geldes einige Tücher empfangen, Kläger hingegen an solchen Tüchern, laut Verschreibung vom 24. April 1716. ein ungezweifeltes Unterpfand gehabt, welches Unterpfand ihm der Schuldener durch den mit Beklagtem getroffenen Kauf, als dafür die datio in solutum in Rechten geachtet wird, nicht intervertiren können, sondern gedachtem Kläger jederzeit frey stehet, sein Pfand-Recht gegen einen jedweden Käufer und Besitzer der verpfändeten Tücher zu prosequiren; So sehen wir, im Fall wir die angestellte Klage pro actione hypothecaria annehmen, nicht die geringste Exception, welche Beklagter mit Bestand Rechtens dagegen vorschützen könne, sondern halten dafür, er sey Klägern entweder wegen des Rückstandes zu befriedigen, oder ihm die Waaren auszuantworten schuldig. Sollte er jedoch vor Insinuation der von den sämmtlichen Gläubigern wider ihn angestellten Klage einige dieser Waaren bereits veräussert haben, so ist er derselben halber von der angestellten actione reali zu entbinden.

VI.

Creditor, qui post mortem debitoris obærati suum ab heredibus consequutus est, nihil tamen restituit, etsi postea, orto concursu, heredes hereditatem aditam repudient.

Sæpe contingit, ut quis hereditatem adeat, deinde vero, animadversa æris alieni magnitudine, repudiet iterum, edito inventario, vel, quæ hodie in plerisque æquipollet, specificatione iurata. Tum vero de iis, quæ gesta sunt interim, lis oritur, & ea quidem, quæ bona fide gesta fuerunt, rata sunt utique, & hereditati tam nocent, quam prosunt, *L. 6. §. 1. & 2. de Rebus auctoritate iud. possid. L. 22. §. 4. & 8.*

C.

C. de Iure deliberandi. At ea, in quibus dolum vel culpam commisit heres, ipsi soli imputantur, arg. *L.* 3. *Quando ex facto tutoris.* Lites huiusmodi nobis subinde in concursibus creditorum obveniunt. Vide *Præsidem in Specimine CCCLXXII. de Omissione hereditatis medit.* 4. 5. Ex his rationibus, potissimum vero propter *L.* 24. *Quæ in fraudem creditorum*, ICti Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CCXXV. responderunt, creditorem, cui debitoris heredes, antequam hereditatem abdicarent, res quasdam in solutum dederant, has, postea orto concursu, restituere non oportere. Hat der Curator des Bonneckemeierschen Concursus den Raths-Verwandten Creyden zu Peina dahin, daß dieser einige auf seine Schuldfoderung genommene Bonneckemeiersche Waaren wieder zum Concurse liefern solle, belanget. Wird also gefraget, ob der Beklagte die Bonneckemeiersche Waaren wiederum ad locum unde dem Concurse restituiren müsse? Nun giebt zwar der Kläger vor, Beklagter habe solche in fraudem Creditorum bey Nachtschlafender Zeit weggeführet. Alldieweil aber Beklagter dieses beständig leugnet, und diese Waaren von den Bonneckemeierschen Erben empfangen zu haben vorgiebt, auch, daferne der Empfang nur vor entstandenem Concurse geschehen, nicht unrecht noch in fraudem creditorum gehandelt, immassen die Rechte einem Gläubiger, welcher bey Zeiten vigiliret und seine Befriedigung erhalten, das empfangene als ein præmium seines Fleisses und Vorsichtigkeit lassen, *L.* 6. §. 7. *Quæ in fraudem creditorum*, auch den Erben eines Schuldeners verstatten, währender Zeit, da sie noch in dem Besitze der Güther seynd, diejenige Gläubiger, welche sich zum ersten melden, ungeachtet andere, so sich nicht melden, ein Vorrecht hätten, zu befriedigen; So mag bey obangeführten Umständen der Beklagte die Bonneckemeiersche Waaren dem Concurse zu restituiren nicht angehalten werden.

VII.

Creditor chirographarius, qui debitorem obæratum & suspectum esse animadvertit, pignus sibi ab eo constitui, impune curat.

VIII.

Si tamen, dum alii iam instabant, per collusionem pignus accepit, his in concursu postponitur.

IX.

Aliis vero, qui non institerunt, præfertur.

Creditorem, qui in vetus debitum pignus accepit, ceteris creditoribus, quibus id nocet, teneri, in *L.* 10. §. 13. *Quæ in fraudem creditorum* constitutum est. Contra in *L.* 13. *eodem* is, qui pignus accepit, teneri negatur. Pugna manifesta videtur, quam tamen componit Scævola in *L.* 22. *eodem*, distinguendo inter pignorationem fraudulentam & non fraudulentam. Itaque explicari oportet, quis dicatur fraudulenter pignus accipere. Scilicet non ille, qui scit, debitorem, a quo pignus accipit, solvendo non esse. Huic enim sibi vigilare permittit Vlpianus in *L.* 6. §. 7. *Quæ in fraudem.* Igitur collusio quædam intercedat, necesse est. Collusionem vero dico, quando debitor, duobus creditoribus simul instantibus & vigilantibus, unum eligit, cui pignus det. Tunc vel prius alteri tantundem dandum, vel communicandum esse inter utrumque, quod unus accepit, dicit Paulus in *L.* 6. §. 2. *de Rebus auctoritate iudicis.* Quid ergo? Nam inter hæc duo multum interest. Ego ex facto ius hic pendere puto. Si simplex gratificatio fuit, communicatio locum habebit. At si suspicio improbæ fraudis concurrit, hic creditor, qui in fraude est, alteri postponi debet. Exemplum

Digitized by Google

emplum hoc esto. Vnus creditor diligenter instat, multisque tandem flagitationibus, ut pignus sibi in iudicio constituatur, impetrat. Sed debitor uno ante hanc constitutionem die cum uxore & socru clam ad iudicem venit, hisque bona sua pignorat. Nihil hac collusione & fraudatione apertius. Igitur, orto creditorum concursu, ICti Helmstadienses mense Septembri anni CIↃIↃCCXXVI. uxorem socrumque cum antiquiore pignore suo huic recentiori hypothecae postposuerunt, aliis tamen creditoribus, in quorum fraudem nihil factum erat, antetulerunt: 2. Jürgen Hoffhamm mit 806 Holländischen Gülden, 3. des gemeinschaftlichen Schuldners Ehe-Weib mit 1000 Thaler Ehe-Geldern und 500 Thaler Ausstattung, ingleichen die Wittwe Schraderin, oder derer Erben, mit 500 Thaler, 4. die Wittwe Schreiberin mit 158 Thaler 23 Groschen. V. R. W. Rat. dec. Nach den Concurs-Kosten kommt Jürgen Hoffhamm, welchem zwar vieles im Wege zu stehen scheinet, insonderheit dieses, daß das ihm zustehende Unterpfand von den Gerichten erst im April 1722. hingegen der Ehe-Frauen und der Schraderischen Wittwe ihres 2 Monat vorher im Februario bestätiget worden. Alldieweil aber Hoffhamm sein Klag-Schreiben am 27. Ianuar. übergeben, worinnen er Schleppern bißher fleissig interpelliret zu haben meldet, und, nachdem diese Interpellation vergebens, um Bestellung eines gerichtlichen Unterpfandes ansuchet, hingegen Schlepper Tages vorher mit seinem Schwieger-Vater ausser Gerichts-Stelle erschienen, und in die Hypothequen, worauf sich seine Frau und Schwieger-Mutter jetzo gründen, gewilliget, deren Confirmation auch folgenden Tages, an welchem sich Hoffhamm angegeben, erlanget, und denn hieraus eine offenbare Collusion, daß nemlich Schlepper, den in ihn dringenden Hoffhamm zu hintergehen, seinem Schwieger-Vater und seiner Frauen gratificiret, und denselben ein Vorrecht vor Hoffhammen zu Wege bringen wollen, am hellen Tage lieget, gleichwol die Rechte der-

Digitized by Google

gleichen Gratification und Collusion verbieten, und das einem solchen Gläubiger zugespielte Vorrecht vor ungültig erklären, mithin dieses der Frauen und Schwieger-Mutter gegebene Pfand-Recht von keinen Kräften ist, und wenigstens demjenigen, welches Hoffhamm ausgebracht, nachstehen muß; So haben wir den Hoffhamm der Frauen und Schwieger-Mutter billig vorgezogen, jedoch diese beyde gleich nach ihm und zwar in eine Classe, weil sie ihr Pfand-Recht an einem Tage erhalten, also zugleich pro rata bezahlet werden müssen, gesetzet. Nach ihnen kommt die Schreiberin mit dem ihr lange nachher bestätigten Unterpfande, in dessen fraudem dasjenige, was zum faveur der Frauen im Februar. 1722. vorgegangen, nicht geschehen seyn kann.

X.

Quando debitor, excitato ab aliquibus creditoribus concursu, uni gratificatur, hi soli, qui concursum excitarunt, gesta revocant.

XI.

Tunc tamen concursus ab uno aut aliquibus excitatus prodest omnibus, quando vel edictalis citatio, vel missio in bonorum possessionem, vel arrestum accessit.

Moto semel concursu, debitorem uni creditori in ceterorum præiudicium gratificari non posse, omnes perhibent. Multum tamen hic interest, qualis concursus excitatus fuerit, universalis an particularis. Si universalis, qui ab edictali creditorum citatione initium accipit, omnibus omnino, etiam iis, qui nomen suum in iudicio nondum professi fuerunt, ius quæsitum est, atque adeo gratificatio simpliciter revocatur. Aliud est in concursu particulari, quando scilicet plures creditores consurrexerunt actionesque suas in

Digitized by Google

in iudicio instituerunt. Tunc hi soli, qui vigilarunt, adversus eos, quibus debitor gratificatus est, ius agendi & solutum repetendi habent, alii non item, *L. 6. §. 2. de Rebus auctoritate iudicis.* Aliquando tamen actio ab aliquibus creditoribus, quin & ab uno, instituta ceteris eatenus prodest, ut gratificatio nec in eorum praeiudicium subsistat, quando scilicet hi, qui egerunt, simul missionem in possessionem bonorum, vel arrestum sive personale sive reale obtinuerunt. Hoc enim omnibus, etiam qui nondum ad iudicium venerunt, prodest. *L. 12. pr. de Rebus auctoritate iud. L. ult. C. de Bonis auctorit. iud.* Itaque ICti Vitembergenses mense Ianuario anni CIƆIƆCCXII. responderunt, cessionem cambii, seu indossamentum, a debitore arrestato in gratiam unius creditoris factam simpliciter irritam esse: Hat Emerenze Kahlin denselben dahin bewogen, daß er 2000 Thaler hergeliehen, dagegen sie ihm einen Wechsel-Brief, darinnen sich der Obriste Fahr ihr auf 1000 Thaler verschrieben, ausgehändiget, auch denselben an den Herrn endossiret. Nachdem nun Emerenze Kahlin im Arreste, worin sie von den Gläubigern gesetzet, verstorben, so fällt Zweifel vor, ob der Obriste den von ihm an die verstorbene Emerenze Kahlin auf 1000 Thaler ausgestellten und an den Herrn endossirten Wechsel-Brief, nach vorhergehender dessen Recognition, bezahlen müsse. Wiewol nun an dem Wechsel-Briefe selbst nichts von allem demjenigen, was die Rechte sonst dazu erfodern, mangelt, die Endossirung auch also, wie es sich gebühret, geschehen. Dieweil aber dennoch Emerenze Kahlin damalen, als sie den Wechsel-Brief an den Herrn endossiret, bereits von den Gläubigern in Anspruch genommen, und sogar mit persönlichem Arreste beleget gewesen, also von ihren Güthern und Vermögen im geringsten nicht mehr disponiren, noch einem von den Gläubigern etwas auszahlen oder cediren können; So ist die von der verstorbenen Emerenze Kahlin in ihrem Arreste geschehene Endossirung ungültig.

XII.

XII.

Pacta omnia, quae creditor pro securitate nominis sui cum debitore obaerato & suspecto ante motum concursum iniit, valent.

XIII.

Etiam pactum retrovenditionis pro viliori pretio, dummodo improbum foenus non intendatur, subsistit.

XIV.

Nec peccat creditor, qui, ut suum a debitore suspecto consequatur, aliquam ab eo rem emit, partemque pretii parata pecunia solvit, partem alteram cum nomine suo compensat.

Quum tantus sit eorum, qui iure dominii extra concursum sua repetunt, favor, prudenti creditori, qui debitorem suum bonis labi, & mox, ut antiqua voce utar, conturbaturum esse videt, laborandum est maxime, ut re integra, dum ceteri creditores nondum consurrexerunt, pactis sibi cum debitore initis prospiciat, locumque sibi extra concursum provide stipuletur. Iura enim nostra creditoribus, quamvis scientibus, debitorem solvendo non esse, vigilare ac suum legitimis modis extorquere permittunt. *L.* 6. §. 2. *de Rebus auctoritate iudicis*, *L.* 6. §. 7. *L.* 24. *Quae in fraudem cred.* Multo minus igitur huiusmodi pacta improbant, dummodo ea alias nihil illiciti contineant. Rem exemplo illustrabo. Creditor, qui debitoris sui facultates suspectas merito habebat, emit ab eo praedium sub pacto retrovenditionis, viliore quidem pretio, at, ne improbum foenus exerceret, idem simul debitori pro mercede annua, quae sortis suae usuris accurate respondet, locat. Excitato deinde concursu, creditor hic se ceteris creditoribus immiscere detrectat, & ius dominii obtendit. Curator bonorum pactum illud retrovenditionis usurarium esse dicit, atque in-

primis

primis *c.* 5. *X. de Emtione*, *c.* 4. *X. de Pignoribus & Reformationem politicam Imperii de anno* 1548. *tit.* 17. §. 1. & 7. obiicit. Et iudex quidem ab initio curatori litis adſenſerat, atque creditorem concurſui ſe immiſcere iuſſerat. Verum ICti Helmſtadienſes, ad quos acta menſe Octobri anni CIↃ IↃ CCXXV. delata fuerunt, ſententiam hanc correxerunt, & litem ſecundum vigilantem iſtum creditorem dederunt. Namque leges ſupra memoratæ, quæ contractum retrovenditionis tanquam uſurarium damnant, tunc ſolum id faciunt, quum ille improbum fœnus continet. Clara ſunt *Reformationis politicæ* verba: Im Wiederkauf mehr, denn ihre Haupt-Summa geweſen, empfahen. Adde *Præſidis Meditat. ad Pandect. Spec. CXCI. de Retrovenditione, medit.* 10. At in præſente contractu uſurariæ pravitatis nullum veſtigium, nulla ſuſpicio ſuperat. Valebat ergo retrovenditio, valebat etiam locatio. Adde *L.* 8. §. 1. *de Rebus auctoritate iudicis*. Sed adnectam verba ſententiæ: Daß Beklagter dem Kläger entweder die rückſtändige Pacht-Gelder zu bezahlen, ſolche auch fernerweit bis zu Wiedereinlöſung des Zehenten jährlich abzuführen, oder den Beſitz des Zehenten, nebſt den ſeit der erhobenen Klage daraus gezogenen Nutzungen abzutreten ſchuldig, und die beyderſeits verurſachte Unkoſten gegen einander aufzuheben ſeynd. V. R. W. Rat. dec. Die ganze Sache, worüber anjetzo Streit iſt, verhält ſich nach Anweiſung der Acten dergeſtalt: Der Rittmeiſter von Broitzen hat von des Klägers Curatoren im Jahr 1720 ein Darlehn von 7000 Thalern erhalten. Dieſe, welche wol geſehen, daß gedachter Rittmeiſter in ziemlichen Schulden und Verwirrung ſtecke, folglich es mit ihm leicht dermaleinſt zum Concurſe kommen, und ihr Pflegbefohlner wenigſtens der Zinſen halber währenden Concurſes Gefahr laufen könne, haben auf ein Mittel gedacht, ſelbigen diesfalls in Sicherheit zu ſetzen, demnach in Vorſchlag gebracht, dem Rittmeiſter ſeinen Zehnten vor 7000 Thaler wiederkäuflich abzuhandeln, und ihm ſolchen wiederum vor 150

Thaler jährlich sub lege commissoria zu verpachten. Als nun der Rittmeister, seine Lehns-Folger und der Lehn-Herr selbst damit zufrieden gewesen, so seynd beydes der Kauf- und Pacht-Contract zu Stande gekommen. Nachdem aber jetzo des Rittmeisters Güther in Concurs gerathen, so will der Curator concursus den ganzen Kauf- und Pacht-Contract vor ein simulirtes Werk und mutuum usurarium palliatum angeben, folglich über den Haufen werfen. Nun scheinen ihm zwar bey so offenbaren Umständen die Rechte, welche dergleichen unter dem Schein eines Wieder-Kaufs getroffene wucherliche Contracte ungültig erklären, zu statten zu kommen. Alldieweil aber des Klägers Curatores bey dem ganzen Handel ganz nichts verstohlner und verdeckter Weise gethan, sondern durchgehends öffentlich gehandelt, und alle Umstände ihrer getroffenen Contracte Ihrer Königlichen Majestät und Dero Regierung entdecket, mithin nicht abzusehen, wie ihnen einige Simulation beygemessen werden könne, und ihnen ja sonder Zweifel frey gestanden, ihres Pfleg-Befohlnen Geld auf keine blosse gefährliche Pfand-Verschreibung hinzuleihen, sondern durch einen Wiederkauf selbigem Sicherheit zu verschaffen, hiernächst die obangezogene Rechte nicht schlechterdinges, einen Wiederkauf statt eines mutui zu treffen, sondern nur unter dem Scheine eines solchen Wiederkaufs verbothenen Wucher zu nehmen, oder das ausgeliehene Capital zu erhöhen, verbieten, und denn des Klägers Curatores dieses nicht intendiret, ja so gar die im Fürstenthum Halberstadt sonst vergönnte 6 pro Cent nicht einmal verlangt, und mit 5 pro Cent zufrieden gewesen, also selbigen keine usuraria pravitas beygemessen werden mag, als wofür die lobwürdige Vorsichtigkeit, ihren Pfleg-Befohlnen bey etwa entstehendem Concurse der rechtmäßigen Zinsen halber in Sicherheit zu setzen, nicht angegeben werden mag, indem sonsten, wenn dieses wäre, alle Verschreibungen und obligationes, worinnen ein Gläubiger sich durch bündige Clausulen zu prospiciren und vor andern

andern Gläubigern ein Vorrecht zu erlangen suchet, unrechtmäßig seyn müsten, und die Rechts-Regel: quod iura vigilantibus sint scripta; gänzlich hinweg fiele, ferner den Curatoribus auch dieses, daß sie von des Rittmeisters Schulden-Last schon einige Wissenschaft gehabt, nicht im Wege stehet, da der Rittmeister damalen noch ausser Concurs gestanden, und selbigen erst durch die nachgehends von neuem aufgenommene Schulden veranlasset, überdies einem jeden Gläubiger frey stehet, so lange, als kein Concurs erreget ist, seine Sicherheit möglichstens zu suchen, und so gar die Zahlung selbst einzutreiben, also vielmehr vortheilhafte pacta, welches ja weniger ist, anzuhängen; So seynd die getroffene Contracte allerdings gültig, und Beklagter schuldig, vermöge derselben dem Kläger den Zehenten zu überlassen. Inzwischen haben wir doch Bedenken getragen, Beklagtem die Abtretung des Zehenten schlechterdinges aufzulegen, weil allen Umständen nach dieser Zehente ein mehreres, als die Zinsen der 7000 Thaler ausmachen, beträget, mithin Kläger offenbarlich cum damno der übrigen Gläubiger einen Vortheil ziehen würde. Dieses nun als etwas unbilliges zu verhüten, haben wir Beklagtem frey gestellet, statt der Abtretung den Pacht bis zur Ablösung des Zehenten auf dem accordirten Fusse fortzusetzen, jedoch auf solchen Fall, damit Kläger ganz ohne Schaden bleibe, den völligen rückständigen Pacht zu bezahlen. Ex eadem ratione ICti Vitembergenses mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XXX. responderunt, non peccasse creditorem, nec a ceteris creditoribus conveniri posse, qui, ut a debitore obærato ac de fuga suspecto suum consequeretur, quia hoc alia ratione obtinere non poterat, merces quasdam ab illo pro mille emit, & partem quidem pretii in ea sexcenta, quæ sibi debebantur, imputarat, reliqua vero quadringenta exsolverat. Multum quippe inter creditorem & extraneum interest. Extraneus, qui sciens ab obærato emit, in fraude est, & hoc nomine a creditoribus

 iuste

iuste convenitur. At creditori, qui suum quomodocunque servare laborat, & de damno vitando solicitus est, ignosci oportet.

XV.

Creditores, in quorum fraudem uni creditori gratificatum fuit, id, quod huic solutum est, a gratificante pro rata repetunt.

XVI.

Nec opus habent, ut probent, se potiora iura præ illis, quibus gratificatum fuit, habere.

Vtramque thesin illustrabit sententia a ICtis Vitembergensibus mense Maio anni CIↃ IↃ CC XXXI. nomine Cancellariæ Hannoveranæ exarata: Daß Beklagte von den fructibus ultimi anni, ohne fernern Beweis, blos nach Abzug dessen, was pro rata auf die von ihnen befriedigte Gläubiger kommt, Klägern die Zahlung zu thun schuldig. V. R. W. Rat. dec. Es haben einige des verstorbenen Johann Dietrich Strubens Gläubigere ihre Befriedigung von dessen Vettern, welche seine Verlassenschaft an sich genommen, gesuchet, seynd jedoch, nachdem diese vorgeschützet, es sey die Verlassenschaft in Lehn- und Fideicommiss-Güthern bestanden, und das, was etwa aus den fructibus des letzten Jahres zur Erbschaft gehöre, bereits an andere Gläubiger bezahlet, mit ihrem Suchen ab, und lediglich auf die fructus ultimi anni verwiesen, auch so gar noch vorher mit einem Beweise, daß sie, ihrer Ordnung nach, ein näher Recht als die von Beklagtem befriedigte Creditores hätten, beleget worden, wogegen sie denn Supplication eingewendet. Ob nun gleich ihr erstes Gravamen, worinnen sie eydliche Specification dessen, was Beklag-

Beklagte über die Lehn- und Fideicommiss-Güther bekommen, fodern, von keiner Erheblichkeit ist; Alldieweil aber, so viel das zweyte Gravamen betrift, Klägere mit ihrer Foderung sich bereits im Anfange des Jahres 1725 gemeldet, folglich Beklagte, wenn sie auch des Johann Dieterichs Erben ab intestato gewesen wären, nicht Macht gehabt, nach der Zeit anderen Gläubigern zu gratificiren und die erbschaftliche Gelder auszuzahlen, *L. 6. §. 2. de Rebus auctoritate iudicis*, demnach, da sie dergleichen noch anno 1727. gethan, die Klägere diesfalls schadlos halten müssen, Klägere auch ein ihnen vor diejenige, welche bezahlet worden, zustehendes Vorrecht zu erweisen gar nicht nöthig haben, sondern nur auf die ihnen mit den bezahlten Creditoribus zustehende paria iura sich berufen, und von Beklagten dasjenige, was sie, mit Ausschliessung ihrer, einigen Gläubigern bezahlet, pro rata suchen, und gleichsam actionem tributoriam anstellen, arg. *L. 7. §. 2. de Tributoria actione*, Beklagten hingegen das, was sie zu viel bezahlet, von denenselben zurück zu fodern selbst überlassen dürfen; So haben wir nach Juhalt unsers Urthels billig erkannt.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXCVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLII. TIT. VIII.

DE

CREDITORE, QVI SOLVS SIBI VIGILAVIT.

I.

Pignus, quod iudex ad ſolas creditoris preces in bonis debitoris abſentis conſtituit, nullum eſt.

Recenſui in capite præcedente iura, quæ creditoribus ſibi vigilare permittunt, & inquiſivi, quousque hoc per pacta cum debitore obærato inita liceat. Nunc porro videndum, quousque, ignorante etiam aut ſaltem non conſentiente debitore, vigilari poſſit. Solent nonnunquam creditores, quum debitoris ſui fidem vacillare animadvertunt, magiſtratum adire atque ab hoc ius pignoris in bonis illius impetrare. Sed nihil agunt. Pignus quippe, niſi debitor ipſe tanquam dominus rei conſentiat, conſtitui nequit. Magiſtratui iurisdictio ſaltem, non dominium, in bonis civium competit. Iurisdictio vero eam vim non habet, ut ſine voluntate domini & ſine cauſſæ cognitione ius in alterius res alteri ttibuere queat. Recte Pomponius *in L.* 11. *de Reg. iuris*, Id, inquit, quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt. Adde *L.* 5. *de Adquir. vel amitt. poſſ.* Nec obſtat, quod tamen iudex per miſſionem in poſſeſſionem, exſequutionem, arreſtum, ius pignoris dare poſſit .Hæc enim omnia, cauſſa cognita, audito vel ſaltem legitime in ius vocato adverſario, & ſervato iudiciorum ordine, fiunt. Conſentiunt mecum *Modeſtinus Piſtorius part.* 4. *quæſt.* 137.

Mevius

Digitized by Google

Mevius ad Ius Lubec. P. 3. tit. 4. art. 1. n. 36. 37. Brunnemannus in concursu cred. c. 5. §. 43. Est tamen & hic cautio præcipienda creditori, ut confestim in chirographo hypothecam sibi constitui atque hanc a debitore formulam adiici curet: petere se a magistratu, ut hypothecam hanc ad solas creditoris preces confirmet; er wolle hiermit sein Haus zum Unterpfande verschreiben, und die Obrigkeit, solches Unterpfand gegen Vorzeigung dieses zu bestätigen, gebeten haben.

II.

Creditor, imminente licet concursu, res debitoris sui vi vel clam occupare non debet.

III.

Si occupaverit, cogitur eas restituere, ius crediti tamen non amittit.

An licet creditori, qui debitorem suum ad inopiam vergere, remque in eo esse, ut ceteri creditores consurrecturi & bona eius possessuri sint, videt, res huius debitoris vi vel clam occupare, atque ita sibi privata auctoritate satisfacere? Quæstio hæc multum dubii habet. Equidem regula generalis in *L.* 13. *Quod metus caussa* proponitur: *Quisquis probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse, atque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* At hæc lex limitationem tunc pati videtur, quum debitor obæratus ac de fuga suspectus vel alias periculum in mora est. Certe Vlpianus in *L.* 10. §. 16. *Quæ in fraudem cred.* permittit creditori, debitorem fugientem ac pecuniam secum ferentem consequi, eique id, quod sibi debeatur, auferre. Et Scævola in *L.* 24. *Quæ in fraudem creditorum: Quid*, inquit, *si quum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam: an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito? & si extorserim invito, revocetur? Si non extorserim, non revocetur? Sed vigilavi,*

gilavi, meliorem meam conditionem feci; Ius civile vigilantibus ſcriptum eſt: ideo quoque non revocatur id, quod percepi. Videtur hic Scævola propoſitam diſtinctionem reiicere, atque factum creditoris etiam debitum debitori extorquentis probare. Acriter de hac controverſia diſputatum fuit in collegio ICtorum Vitembergenſium menſe Martio anni CIↃ IↃ CC IX. Vicit tandem numero eorum ſententia, qui creditorem res ante concurſum, ſed ſuſpectis iam debitoris facultatibus, vi vel clam ablatas reſtituere iubebant. Nempe *lex* 10. §. 16. de caſu agit, quo creditor vigilantia ſua res ex fuga retrahit alias perituras. Quod vero ad *L*. 24. attinet, ſubobſcura quidem eſt Scævolæ reſponſio ad propoſitas quæſtiones, non veriſimile tamen, voluiſſe illum contra analogiam iuris vim privatam in creditore, qui copiam iudicis habet, probare. Igitur verba ultima dictæ legis, quibus vigilantia creditoris ſuum adepti laudatur, ad poſtremum caſum, ſi ſcilicet non extorſerit, referenda ſunt. Atque ſic legem hanc interpretatur *Mornacius in notis ad eam*, teſtaturque, ſæpius hunc in modum a ſummo ſenatu Pariſienſi iudicatum fuiſſe, maxime in concurſu creditorum principis Monpenſerii; creditores nempe, qui manus privatim iniecerant in numos debitori ſuo debitos, non propterea meliorem ſuam conditionem feciſſe; dividi enim eos oportere inter ſingulos creditores ex eo ordine, quo alii aliis eſſent priores. Attamen pœna amiſſionis *L*. 13. *quod metus cauſſa* in creditores, qui ſibi ipſis ius dicunt, ſtatuta hic exulat, quum res multum dubii habeat, atque adeo dolus ſaltem ex parte occupantis abſit. Adnectam verba ſententiæ: Daß Beklagte, ihres Vorwendens ungeachtet, wie viel des von dem Vogeliſchen Felde genommenen Korns eigentlich geweſen, und wie viel daraus gedroſchen worden, vermittelſt Eydes anzuzeigen, ſolches auch nebſt den 2 Kälbern, 2 Schweinen und 1 Schock Schnitt-Stroh entweder in natura, oder,

oder, da es nicht mehr vorhanden, den rechten Werth davon ad massam concursus zu ersetzen schuldig. Und ist ihnen, ihre Foderungen im Concurse gebührend auszuführen, unbenommen. Im übrigen seynd die fol. 26. angegebene Expensen auf 3 Thaler 6 Groschen zu mäßigen, und nebst den Urthels-Gebühren und Bothen-Lohn von beyderseits Partheyen zu gleichen Theilen zu entrichten. V. R. W.

IV.

Etiam is creditor, qui iudicis quidem ope, sed modis illegitimis adhibita, ante concursum suum consequutus est, ceteris creditoribus actione Pauliana ad communicationem tenetur.

Equidem, qui auctore iudice rem adquirit, in bona fide esse dicitur. *L.* 137. *de Regulis iuris*, *L.* 11. *de Adquir. vel amitt. poss.* At enim vero necesse est, ut auctoritas illa iudicis legitime sit adhibita. Nam, qui iudicis quidem ope, sed aliter, quam leges præscribunt, & æquitas postulat, utitur, nihil agit, *c.* 26. *de Reg. iuris in* 6. Adde *L.* 24. *Quæ in fraudem cred.* verbis: *iuste exegerit.* Rem optime exemplo illustrabo. Sic scilicet ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CCXXII. iudicarunt: In Appellations-Sachen Antonio Brentani und Consorten Klägere an einem, wider Burgemeistere und Rath zu Berlin, Beklagte am andern Theil, erkennet das Cammer-Gerichte zu Berlin nomine Regis &c. Nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß vor allen Dingen Beklagte die eigentliche Summa dessen, was sie aus des Caldara und Maissano Gütern erhalten, durch drey ihres Mittels endlich anzuzeigen, Klägere hingegen ihre Handels-Bücher zu produciren, und vermittelst Eydes zu bestärken, auch dabey, was sie nach der Zeit von Caldara und Maissano bekommen, anzugeben schuldig, worauf alles dieses, was sowohl Klägere als Beklagte empfangen, in eine

Digitized by Google

Massam geschlagen, und unter sie insgesammt ohne Unterschied der Zeit und pro rata vertheilet, auch derjenige, welcher zu viel genossen, solches dem andern herauszugeben angehalten wird. V. R. W. Rat. dec. Die Species facti ist kürzlich diese: Als der Kaufmann Philippi in Berlin verstorben, und Rezzani dessen Verlassenschaft an andere Orte weggeschaffet, hat der Rath zu Berlin diesen Rezzani sich wegen des Abschosses zu vergleichen angehalten, welcher denn dafür dem Rathe eine Schuld von 4525 Thaler, womit ihm die Kaufleute zu Stettin Caldara und Maissano verhaftet gewesen, abgetreten, auch kurz hernach eine von Sartorio und dessen Compagnon erhaltene Foderung an eben diese beyde Kaufleute von 3261 Thaler gleicher Gestalt cediret. Als nun der Rath in Erfahrung gebracht, daß es mit dem Credit-Wesen gedachter beyden Stettinischen Handels-Leute nicht zum besten stehe, hat er einen Befehl an den Gouverneur bey Königlicher Majestät ausgebracht, die Schuldener zu Zahlung der 4525 Thaler durch Arrest und andere nachdrückliche Mittel anzuhalten. Diesem Befehl zu Folge hat der Gouverneur den einen Schuldener Maissano in Abwesenheit des Caldara vorgefodert, und, da selbiger die Schuld selber zugestanden, und sich nur wegen des liquidi auf eine Berechnung berufen, Ordre ertheilet, desselben Sachen zu versiegeln, und seine Person zu arrestiren; welche Beschimpfung abzuwenden, Maissano sich mit des Raths Bevollmächtigtem sowohl über die in dem Königlichen Befehl enthaltene Rezzanische als die andere Sartorische Post verglichen, dem Rathe das condominium seiner Sachen übergeben, und versprochen, geschehen zu lassen, daß dem Rathe in Entstehung anderweiter Satisfaction die Effecten als adiudiciret ausgefolget würden. Dieses letztere ist auch endlich geschehen. Darauf haben sich des Caldara und des Maissano übrige Gläubiger, als sie obiges in Erfahrung gebracht, gemeldet, und den Rath zu Wiederherausgebung der weggenommenen Güther anzuhalten,

zuhalten, gebeten, da denn nach einem Processe von etlichen Jahren endlich das fol. 293. befindliche Urthel erfolget; gegen welches beyde Theile Appellation eingewendet. Es ist eigentlich die Hauptfrage, und darauf läufet alles hinaus, ob Klägern gar eine Action wider die Beklagte zustehe? Nun vergönnen zwar die Rechte einem Gläubiger zu vigiliren, und alle vergönnete Mittel, um seine Bezahlung, oder doch genugsame Sicherheit zu erhalten, vor würcklich entstandenem Concursu anzuwenden. Diesemnach, und da Beklagte solches gethan, ein Königlich Rescript zur Zeit, da alle übrige Gläubiger in Ruhe gesessen, ausgebracht, den Maissano zu Cedirung eines Condominii bewogen, und dadurch ein der Klägere Personal-Rechte vorgehendes ius reale erhalten, so gewinnet es das Ansehen, ob falle die von Klägern angestellte Action gänzlich hinweg. Alldieweil aber der Beklagten Procedur wider den Maissano den Rechten ganz zuwider lauft, indem sie 1. desselben ordentliche Obrigkeit übergangen, 2. keine in allen Actibus contentiosæ iurisdictionis nothwendige caussæ cognitionem vorher anstellen lassen, 3. kein periculum in mora bescheiniget, noch, daß mehrere creditores imminirten dargethan, 4. Personal-Arrest wider einen de fuga eben nicht verdächtigen Mann ausgebracht, 5. damit, ehe und bevor ein liquides quantum constituiret gewesen, verfahren, 6. gleich auf baare Bezahlung stehendes Fusses gedrungen, und dem Schuldener diejenige Zeit, welche alle Rechte dem, so condemniret worden, zu Anschaffung der nöthigen Mittel vor Vollstreckung der Execution verstatten, nicht vergönnet, 7. des Schuldeners Laden und Waaren ohne Aufschub versiegeln lassen, und den Proceß ab executione angefangen, dergleichen Verfahren den vermögendsten Kaufmann, welcher nicht gleich in einem Augenblick so viel tausend Thaler anschaffen kann, zu ruiniren und ausser Credit zu setzen hinlänglich ist, 8. hierdurch dem Maissano gleichsam das Messer an den Hals gesetzet, und ihn zur Abtretung des condominii und

Digitized by Google

Eingehung des nachtheiligen Vergleichs gezwungen, 9. denselben durch dergleichen Uebereilung verhindert, seine Rechnungen nachzusehen, ein liquidum zu constituiren, und die ihm allem Ansehen nach, besage fol. 133. und 164. zugestandene exceptionem transactionis und concessæ particularis solutionis vorzuschützen, mithin 10. durch diese nulliter erzwungene Cession kein Vorrecht vor die Klägere erlangen können, vielmehr 11. denselben zu Communication dessen, was sie auf solche ungültige Weise erhalten, verbunden seynd; So finden wir nicht nöthig, einen absonderlichen Concurs-Procesſs zu verhängen, sondern wir sehen Beklagte und die bey der Appellation beständig gebliebene Gläubiger insgesammt als chirographarios an, und halten nothwendig, daß unter diesen eine Massa bonorum durch endliche Anzeigung dessen, was ein jeder, vom 22. Merz 1717. an, empfangen, constituiret, und selbige sodann unter sie pro rata vertheilet werde.

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXCVII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLII. TIT. VIII.

DE

PRIVILEGIO FISCI CIRCA EA, QVAE DEBITOR OBAERATVS GESSIT.

I.

Fiſcus creditor & non adquiſita revocat, & id, quod uni ex ceteris creditoribus etſi ante concurſum ſolutum fuit, recte condicit.

Magna ſunt fiſci privilegia in revocatione eorum, quæ a debitoribus eius geruntur. Vnum eſt, quod fiſcus ea etiam vindicet, quæ debitor, quum adquirere potuiſſet, repudiare & alii relinquere maluit, *L.* 45. *pr. de Iure fiſci*, cui non obſtat *lex* 26. *eodem*, quippe quæ non de debitore, ſed de capitis reo agit. Alterum fiſci privilegium eſt, quod ea, quæ debitor obæratus ante concurſum motum uni ex ceteris creditoribus ſolvit, condicat. *L.* 18. §. 10. & *LL. ſqq. de Iure fiſci*, *L.* 5. *C. de Privilegio fiſci.* Vtriusque privilegii uſus etiam hodie ſupereſt. Certe ICti Helmſtadienſes ſecundum poſterius in eodem, quod in *medit.* 1. memoravi, reſponſo hanc limitationem adiecerunt: Unterdeſſen, wenn Michael David zu Herausgebung der 650 Thaler ad Concurſum nicht angehalten werden ſollte, ſo können wir doch, weil die Königl. Manufactur-Caſſe in den Concurs mit verwickelt iſt, zu erinnern nicht umhin,

Digitized by Google

daß derselben, im Fall sie bey dem Concurs das ihrige nicht erhielte, vermöge eines sonderbaren Privilegii das Recht zustehe, sich dieserhalben an alle Gläubiger, welche vor dem Concurse ihre Zahlung erlanget, und also auch an Michael Daviden zu halten.

II.

Fiscus concreditori potiora iura habenti id, quod huic solutum fuit, extorquere nequit.

III.

Ne tunc quidem, quum pecunia huic soluta fiscalis fuit.

Istud privilegium, quo fiscus concreditoribus suis ea, quæ illis a communi debitore etiam ante concursum soluta fuerunt, extorquet, generalibus quidem verbis conceptum est, sed tamen ex æquitate, ex recta ratione & ex regulis legitimæ interpretationis non potest nisi de iis creditoribus, quibus fiscus in concursu antefertur, intelligi. Nam nec credibile quidem est, legumlatores hoc privilegium etiam ad eos, qui fisco potiores sunt, extendere voluisse. Rem optime exemplo illustrabo. Tutor quidam, postquam diu tutelam gessisset, fisco præficitur, sed in hoc munere male versatus & ad rationes reddendas devocatus aliquot millia reliquatur. Interrogatus, quo pecuniam fiscalem vertisset? respondet, se eam pupillæ suæ exsolvisse. Fiscus itaque, omisso debitore, quem ad saccum & peram excusserat, pupillam adgreditur, pecuniam ei olim numeratam & tanquam suam & ex privilegio repetit. At in neutro ei adsenserunt ICti Helmstadienses. Nam, ut de privilegio prius dicam, eo fiscus adversus magis privilegiatum uti non poterat. Pupillæ vero privilegium utique fortius erat. Namque illa statim ex die, quo tutor tutelam subierat, in eius bonis pignus adepta erat. *L. 20. C. de Administratione tutorum*, *Novella* 118. *c.* 5. *in fin.* Fisci vero hypotheca posterior tempore atque adeo infirmior erat.

Digitized by Google

erat. Nec ius prælationis, quod fisco in *L.* 28. *de Iure fisci* tribuitur, pupillæ nocebat. Id ius enim ad bona post contractum fiscalem quæsita solum restringitur. In aliis vero bonis creditores antiquiorem sive expressam sive tacitam hypothecam habentes fisco præferuntur. *L.* 21. *pr. Qui potiores in pignore, L. un. C. Rem alienam gerentibus.* ibi: *cum suo onere.* Adde *Carpzovium lib.* 4. *responso* 13. & *Martini Processum tit.* 43. §. 5. *n.* 4. Magis pupillæ obstare videbatur, quod ipse debitor pecuniam, quam ei exsolverat, fiscalem fuisse perhibebat. Sed vere non obstabat. Creditor enim, cui a debitore numi alieni solvuntur, si quidem eos expendat vel cum sua pecunia commisceat, illos suos facit, nec domino vindicanti quidquam restituit. *L.* 17. *L.* 78. *de Solut. L.* 19. §. 1. *de rebus creditis.* Sic itaque responderunt ICti Helmstadienses mense Aprili anni CIϽ IϽ CCXV. Hat der Königliche Rent-Meister Erasmus die Vormundschaft von Ioannetten geführet, aber seiner Verwaltung halber keine gebührende Rechnung abgeleget, sondern nur 4300 Thaler an seiner Pupillen Ehemann, Ioannem, als derselbe das Amt Molla gepachtet, zum Vorstande und Bezahlung des Inventarii vorgestrecket. Nachdem sich nun jetzo hervorthut, daß Erasmus der Herrschaft, wegen seines geführten Rent-Meister-Amtes, einige 1000 Thaler schuldig sey, und derselbe, daß er Ioanni zu Behauptung der Mollaischen Amts-Pacht 4300 Thaler aus Herrschaftlichen Geldern hergeschossen, vorgiebt, so entstehet die Frage, ob besagten Ioannens Frauen der Vorzug vor der Königlichen Cammer gebühre, und Ioannes wegen des Amts Molla zu Bestellung anderweiten Vorstandes angehalten werden könne? Wiewol nun der Fiscus oder die Cammer keine schlechte hypothec, sondern nebst derselben ein Vorzugs-Recht vor andern Gläubigern bey entstehendem Concursu hat, die Ioannette hingegen mehr nicht, als ein von der Zeit der übernommenen Vormundschaft anhebendes stillschweigendes Unterpfand

pfand ohne Prælation fodern kann, überdies das dem Amtmann Ioanni vorgeschossene Geld, des Rent-Meisters eigenem Geständnisse nach, der Herrschaft zugehöret, also der Cammer annoch das dominium an dem Capital zuzustehen scheinet, wannenhero es das Ansehen gewinnet, daß der Cammer allerdinges der Vorzug vor des Amtmann Ioannis Ehefrauen gebühre, und das von besagtem Ioanne zum Vorstand gesetzte Geld der Cammer selbst zugehöre, also dieser zu Bestellung eines anderweitigen Vorstandes angehalten werden könne: Alldieweil aber aus der von Ioanne ausgestellten Obligation sattsam erhellet, daß Erasmus demselben die 4300 Thaler nicht sowohl lehnen, als vielmehr auf Abschlag der des Ioannis Frauen wegen geführter Vormundschaft restirenden Schuld bezahlen wollen. diesemnach, und wenn gleich ein Concurs wider Erasmum entstehen sollte, solches Geld dennoch, welches Ioannes bona fide empfangen, darzu nicht gezogen, noch von der Cammer oder andern Gläubigern in Anspruch genommen werden kann, ferner das dem fisco zugestandene Vorrecht nicht schlechterdinges, sondern nur in denen Güthern, welche der Schuldner post contractum fiscalem acquiriret hat, statt findet, dahingegen selbiger in dem übrigen Vermögen den ältern Gläubigern, sie mögen ein ausdrückliches oder stillschweigendes Unterpfand haben, nachgesetzet wird, also auch der Ioannetten, in Betrachtung, daß Erasmus ehe deren Vormund, als Rent-Meister, gewesen, nachstehen muß, ferner des Erasmi Vorgeben, ob wären die an Ioannem gezahlte 4300 Thaler Herrschaftliche Gelder, besagtem Ioanni und dessen Frauen keinen Nachtheil bringen kann; So halten wir dafür, daß des Amtmann Ioannis Frau in den von Erasmo an ihren Mann gezahlten 4300 Thalern der Cammer vorgehe, auch der Amtmann Ioannes zu Bestellung anderweiten Vorstandes wegen des Amts Molla nicht gehalten sey.

SPE-

SPECIMEN CCCCXCVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLIII. TIT. I.

DE

INTERDICTIS

PVBLICE DEFENSVM

A

PETRO ALBERTO GITTNER

BRVNSVICENSI LL. C.

D. II. APRIL. CIↃIↃCCXXIX.

I.

Interdicta in vetere Romanorum republica idem erant, quod apud nos mandata cum & sine clausula.

II.

Ea deinde ab imperatoribus in actiones mutata fuerunt.

III.

Interdicere idem est, quod processum possessorium instituere.

In antiquissima Romanorum rep. quum legibus XII. tabularum suus adhuc constaret vigor, prætor de omnibus, quæ & de proprietate & de possessione excitabantur, litibus cognoscebat, ut ex *Gellii Noctibus Atticis lib.* 20. *cap.* 9. patet. Auctis deinde imperii Romani finibus, quum prætores controversiis omnibus, quæ quotidie oriebantur, cognoscendis ac decidendis non sufficerent, vindicias quidem, hoc est, lites de proprietate, iudicibus ad id ipsum datis, quos pedaneos vocabant, nos commissarios dicimus, delegabant, eas vero caussas, quæ celerrimæ expeditionis erant, iudicandas sibi reservabant. Harum potissimam partem caussæ possessionis constituebant, quæ quomodo tra-

Digitized by Google

ctatæ fuerint, omnium optime docet *Cicero in orat. pro A. Cæcina*, quæ tota ſuper iudicio ex interdicto habita & conſcripta fuit. Is ſcilicet, qui vel adipiſci vel retinere vel recuperare poſſeſſionem cupiebat, prætorem adibat, atque ab hoc ſine omni cauſſæ cognitione præceptum, quale volebat, ſeu interdictum obtinebat, hocque adverſario ſignificari curabat. Interdicta iſta iam tum illo tempore vel cum vel ſine clauſula fuiſſe, ex his *Ciceronis in d. orat. c. 8. n.* 23. verbis: *Dolabella prætor interdixit, ut eſt conſuetudo, de vi, hominibus armatis, ſine ulla exceptione, tantum, ut, unde deieciſſet, reſtitueret*; colligo. Nam, quum Cicero tanquam ſingulare quid obſervet, prætorem ſine ulla exceptione, ſeu, ut nos loquimur, ſine clauſula, interdixiſſe, dubitari non poteſt, alias illum cum exceptione, id eſt, cum clauſula interdixiſſe. Reddito interdicto, ſi reus parebat, res confecta erat. Si non parebat, & actor porro querebatur, prætor cauſſam, quæ tunc altioris indaginis eſſe incipiebat, a ſe ablegabat, atque iudicibus pedaneis, qui in ſpecie recuperatores vocabantur, committebat, ut hi ſcilicet cognoſcerent, rectene actor interdictum impetraſſet, atque reus obſequium detrectaſſet. Plerumque igitur ex interdicto iudicium ordinarium naſcebatur, ut adeo interdictum ipſum impetranti parum prodeſſet. Quod quum animadverterent Arcadius & Honorius Auguſti, ruptis veteribus ambagibus, confeſtim actionem proponere atque poſt legitimas diſceptationes ſententiam exſpectare iuſſerunt in *L.* 4. *C. de Interdictis*, quod deinde confirmavit Iuſtinianus *in* §. *ult. I. de Interdictis*. Tunc itaque vox interdicti aliam ſignificationem habere, atque non præceptum prætoris, ſed actionem ipſam, denotare cœpit. Quin imo iam ante Arcadii & Honorii tempora verbum interdicere etiam ad actores relatum fuit, ut interdicere dicerentur, qui ſuper poſſeſſione querelam ad iudices deferrent. Ita Vlpianus in *L.* 3. §. 6. *de Tabulis*

Tabulis exhib. si, inquit, *tabulas idcirco alii tradiderit, ne eas interdicenti exhiberet.* Similiter Labeo in *L.* 3. §. 6. *uti possidetis.* Quod quum non intelligerent interpretes, mire se in explicando illo *Quinctiliani de Instit. orat. lib.* 3. *cap.* 6. loco: *Non debuisti interdicere, sed petere: an recte interdictum sit, ambigitur*; torserunt. *Turnebus* ea sic exponit: *interdicere pro interdictum ferre. Non debet interdicere, nisi qui summa fungitur potestate. Ideo minor magistratus non debet interdicere, sed petere a maiore, ut interdicat.* Hanc *Turnebi* notam *Burmannus* commentariis suis in Quinctilianum inseruit. Quorum fidem sequutus *Bedoyn*, interpres Gallus, ea verba sic transtulit: *Vous, Preteur, vous n' avez pas dû porter cet interdit, c' étoit l' affaire du Consul.* Quorum omnium errorem detexit tandem *Capperonnerius Parisiensis in notis ad h. l. pag.* 177. *n.* 373. lucideque ostendit, interdicere idem esse, quod nobis processum possessorium instituere, petere, quod processum petitorium.

IV.

Mandata nostra & inhibitiones cum antiquissimis interdictis conveniunt.

V.

Dantur sine caussæ cognitione ad narrata petentis.

VI.

Non transeunt in rem iudicatam, sed semper revocari possunt.

VII.

Nec sufficiunt ad probationem possessionis.

Veterum interdictorum formam ab imperatoribus sublatam Germani in fora sua sub alio tamen nomine reduxerunt. Nam inhibitiones illæ Saxonicæ, illa mandata cum & sine clausula, quæ in camera imperii aliisque tribunalibus frequentantur, accuratissime cum illis interdictis, quorum apud Romanos formam *in medit.* 1. descripsi, conveniunt. Nempe, qui possessionem sibi adiudicari vult, iudicem adit, fa-

ctum exponit, interdictum seu mandatum petit, in quo dando iudex facilis esse solet, atque, nec citato nec audito quidem adversario, confestim secundum petita actoris mandat. Caussa itaque ante non cognoscitur. Neque id quidquam iniquitatis habet. Nam istiusmodi mandata nocentem officii sui sine mora admonent, innocenti vero neque ius suum neque facultatem se defendendi auferunt. Auctoritatem quippe rei iudicatæ non consequuntur, sed a iudice, qui illa dedit, post caussæ cognitionem, si per falsas preces impetrata reperiantur, revocantur. *L.* 14. *de Re iudicata.* Quin, ut bene monet *Postius in tractatu mandati de manutenendo observ.* 107. *n.* 30. licet iudici, revocato mandato, secundum adversarium mandare atque huic possessionem adscribere. Et ex eodem principio idem *Postius observ.* 106. *n.* 44. *Mandatum*, inquit, *de manutenendo nullum damnum adfert litigatoribus, nec facit quem possessorem, si non est, licet eum possessorem declaret.* Quamobrem si cui forte in processu possessorio probatio possessionis imponatur, mandata, quibus iudex ei possessionem adseruit, ad probationem hanc non sufficient, quum illa precibus eius & narratis, quæ sæpe falsa deprehenduntur, sint conformia. Ita ICti Helmstadienses mense Maio anni CIϽ IϽ CCXV. iudicarunt ex his rationibus: Was der Beklagten Appellation betrift, so beschweren sie sich, daß ihnen die Possession des iuris exigendi servitia zu beweisen auferleget worden, da sie doch solche bereits durch die ergangene Regierungs- und Königliche Rescripta dargethan zu haben vermeynen. Alldieweil aber die durch beyderseits Vorstellung ohne sattsame Untersuchung der Sache pro und contra ausgebrachte Rescripta und mandata Kraft Rechtens nicht ergreifen, sondern von dem Richter nach genugsamer caussæ cognition ganz wohl wiederrufen werden können, wie denn auch dergleichen decreta manutenentiæ keinen, der nicht würklich possidiret, zum Besitzer

machen;

machen; So haben wir es bey vorigem Urthel und dem darin auferlegten Beweise der Possession gelassen.

VIII.

Mandatis iniustis, etsi sine clausula datis, exceptio sub- & obreptionis recte opponitur.

IX.

At si superior mandatum post allegatas excusationes iterat, simpliciter parendum est.

Mandata ista, de quibus in antecedentibus dixi, clausulam iustificatoriam continere debent. Neque enim permissum est iudici, sine clausula mandare, seu, ut *Cicero* loquitur, sine ulla exceptione interdicere, nisi periculum in mora sit. Vide *Ordinat. Cameræ imper. P.* 2. *tit.* 23. item *Recessum provincialem Gandersheimensem de anno* 1601. *art.* 2. Illi tamen, cui quid sine clausula mandatur, propterea desperandum non est. Nam quum omnibus mandatis & rescriptis tacita conditio insit, si preces veritate nitantur, *c.* 2. *X. de Rescriptis*, poterit huic quoque mandato sub- & obreptio opponi, ut post alios recte sentiunt *Stryk. in Introd. ad praxin c.* 3. §. 16. *Berger in Oeconomia iuris lib.* 4. *tit.* 30. §. 6. *n.* 4. *Ludolf de Iure camerali pag.* 105. *n.* 14. Quorum sententiam ego probavi & exemplo firmavi *in Specimine CXI. de Pignorationibus, medit.* 8. necessariam tamen in *medit.* 9. limitationem addidi, nisi mandatum istud sine clausula post relationem factam iteretur. Scilicet is, cui iniquum quid, prava insinuatione suggestum, sine clausula mandatur, non tacitus sedere, sed secundum *c.* 5. *X. de Rescriptis* aut mandatum reverenter adimplere, aut per litteras, quare adimplere non possit, rationabilem caussam prætendere debet. Si tacet mandans ad has litteras, nec paritionem porro urget, adprobare videtur excusationes allatas. At si mandare & obsequium poscere pergit, simpliciter parendum est, quamvis iniustum mandatum esse videatur, *c.* 28. §. 3. *X. de Officio & potestate iudicis delegati.*

Digitized by Google

SPECIMEN CCCCXCIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIII. TIT. I.

DE

POSSESSORIO PROCESSV IN GENERE

PVBLICE DEFENSVM

A

IVSTO FRIDERICO BOEHMERO

HANNOVERANO

D. XXIV. SEPT. CIↃ IↃ CC XXIX.

I.

Omnis processus possessorius summariter tractatur.

II.

Is solus tamen, qui de possessione retinenda agit, quia omnium breuissime expeditur, κατ᾽ ἐξοχὴν summarius dicitur.

III.

In hoc solo appellatio excluditur, quae tamen in remediis adipiscendae & recuperandae possessionis locum habet.

Diuisio processus possessorii in summarium & ordinarium ab aliquot millibus scriptorum explicata, nec adhuc tamen ad liquidum perducta est. Adhuc enim incerti sunt, quodnam utriusque sit obiectum. Aliqui cum *Gailio*, *Mantica*, *Rotingio*, *Fridero*, *Carpzovio* omnem possessionem, siue de adipiscenda, siue de recuperanda, siue de retinenda agatur, obiectum possessorii summarii esse contendunt; alii, inter quos etiam *Beye-*

Beyerus in Delineat. Pand. tit. de Interdictis pag. 543. eſt, ſolum in adipiſcenda poſſeſſione ordinariam actionem requirunt, turbatam vero & ereptam poſſeſſionem ad poſſeſſorium ſummarium referunt. Denique *Bergerus in Electis proceſſus poſſeſſorii* §. 4. nec non *Ludovici* in der Einleitung zum *Civil-Proceſs cap.* 2. §. 20. & 21. ſolas retinendæ poſſeſſionis cauſſas poſſeſſorii ſummarii, ceteras omnes ordinarii obiectum eſſe dicunt. Et cum his etiam ego ſentio, ſed tamen rem paulo accuratius explicandam eſſe, animadverto. Video enim, Bergero & Ludovici communiter obiici exempla, remedium nempe ex *L. ult. C. de Edict. D. Hadriani toll.* item actionem ſpolii & interdictum unde vi, quorum illud adipiſcendæ, hæc recuperandæ poſſeſſionis ſunt, atque omnia tamen ſummariter tractantur. Itaque ſic tenendum eſt: omne iudicium poſſeſſorium ſua natura ſummarium & breviter expediendum eſt, ut de proprietate accuratius litigari poſſit. At tunc, quum de præſente poſſeſſione diſceptatur, atque inter duos, qui ambo ſe rem tenere dicunt, iudicandum eſt, quis vere eam teneat, &, durante lite, retinere debeat, quia maximum periculum eſt, ne ad manus & arma veniatur, maior celeritas deſideratur, atque ea etiam, quæ communiter in proceſſu ſummario locum habent, omittuntur. Igitur libellus ſcriptus non exigitur, rotulus teſtium a notario publico confectus admittitur, reprobatio adverſæ parti non reſervatur, appellatio ceteraque remedia ſuſpenſiva reiiciuntur, &c. Confirmantur hæc clare in *Ord. proc. recogn. Sax.* im Anhange §. 19. 20. præter hoc ſolum, quod rotuli teſtium iudiciales deſiderantur, atque adeo hi, quos notarii publici fecerunt, reiiciuntur. Poſſeſſorium autem ordinarium non ideo ſic vocatur, quod ordinario proceſſu peragatur, ſed ſaltem, quod ratione alterius propius ad ordinarium proceſſum accedat. Rem exemplo illuſtrabo: Vſus quis

erat

erat remedio *legis ult. C. de Edict. D. Hadr.* victoriamque reportarat. Appellat alter. Actor negat, in processu possessorio summariissimo appellationem locum habere per *L. un. C. Si de momentanea possessione fuerit appellatum.* Sed ICti Helmstadienses mense Iunio anni CIↃIↃ CCXVI. admisere appellationem. Neque enim possessorium summarium institutum fuerat, sed actio summaria. In actionibus vero summariis appellationem locum invenire, fatentur omnes. Vide *Carpzovium in Processu tit.* 18. *art.* 2. *n.* 11. & *Mevium P.* 2. *dec.* 364. *n.* 7. Adnectam rationes decidendi: Anfänglich meynet Klägerin, es sey die von Beklagten eingewandte Appellation in gegenwärtigem ex *L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll.* angestellten Procefs, welchen sie ein possessorium summariissimum nennet, gar unzuläßig. Allein sie irret sich. Das angeführte Remedium ist zwar summarium, wie alle processus possessorii, nicht aber summariissimum, indem nur die caussæ retinendæ, niemalen aber recuperandæ und adipiscendæ possessionis, unter welchen letztern obgedachtes remedium zu zählen ist, summariissime tractiret werden, wie *Pfanknch de poss. summariiss. l.* 1. *c.* 7. *n.* 4. *seqq.* mit vielen aus der Cammer-Gerichts Ordnung und andern Rechten hergenommenen argumentis behauptet. Diesemnach, da die Appellationes und andere remedia suspensiva nur in possessorio summariissimo verboten seynd, so fället obbesagter Einwurf, und zugleich die von Klägerin nach Cassel unternommene Appellation, als welche sich eben auf dieser falschen Meynung gründet, von selbst hinweg.

IV.

Instituto possessorio, super petitorio, si hoc ex actis liqueat, recte pronunciatur.

V.

V.

Instituto etiam possessorio summario, de ordinario iudicari potest.

Non posse iudicem, instituto possessorio, super petitorio, tametsi hoc ex actis liqueat, iudicare, vetus & pervulgatus error est, qui in iure fundamentum non habet, sed etiam rationi iuris & æquitati adversatur. Equidem non desunt leges & argumenta his, qui errorem istum tuentur. Collegit omnia studiose *Carpzovius L.* 1. *Resp.* 72. *&* 73. Maxima pars eo redit, sententiam libello conformem esse debere. At hoc a *Præside in Specim. CCCCLXVIII. contra popularem errorem, de necessaria sententiæ ad libellum conformatione*, refutatum est. Miror autem esse, qui ad *c. ult. X. de caussa possessionis & proprietatis* provocare non erubescant, in quo tamen nihil est, quod huc trahi queat. Meam contra sententiam iuvat, quod caussa proprietatis ex omnium confessione absorbeat possessionem, quod dolo facit, qui petit, quod redditurus est, *L.* 8. *de Doli mali & metus exc.* quod iudex inepte facit & contra rectam rationem peccat, qui quid actori adiudicat, quod tamen rei esse & huic confestim restitui oportere, certo scit, quod iudex non, cuiusmodi actio intentetur, subtiliter inquirere, sed simpliciter & pure factum ipsum & rei veritatem investigare, debeat. *c.* 6. *X. de Iudiciis.* Sed plura hac de re in *d. Spec. medit.* 31. invenies. Nec dissentit a nobis *decisio Elect. Sax.* 13. ut ex inspectione eius apparet. Addo hic saltem, ex eadem ratione possessorium summarium absorberi per ordinarium, & posse iudicem de hoc sententiam ferre, etsi illud institutum sit. Sic iudicarunt ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIϽ IϽ CC XV. ex his rationibus: Die Verfasser des angeführten Bescheides haben nicht, wie die Partheyen dafür halten, die Meynung in possessorio summariissimo, son-

dern in possessorio ordinario, zu sprechen gehabt, denn es zeugen die Worte des angezogenen Bescheides sattsam, daß die Concipienten omnem caussam possessionis tam praesentis quam antiquioris entscheiden, und Beklagtem nur das petitorium oder die Ausführung seines Befugnisses vorbehalten wollen, immassen sie auch nach Anweisung der übersendeten Acten nicht anders gekonnt, da Klägere keinen Actum von ihrer neuen und gegenwärtigen Possession beygebracht, sondern nur eine ältere und in dem übergebenen gerichtlichen Protocollo gegründete Possession bescheiniget. Bey dieser Bewandniß, und da Klägere antiquam und fundatam possessionem vor sich haben, so mag den Beklagten die recentior und mit keinem Titul versehene possession, welche sie sonst ziemlicher massen beygebracht, nicht zu statten kommen, sondern es wird das possessorium summariissimum durch das ordinarium und die vor Klägern nicht unklar hervorleuchtende iura petitorii absorbiret.

VI.

Possessorium ordinarium petitorio praeferendum est.

VII.

Successori in officio prodest possessio antecessoris in his, quae hic ratione officii tenuit.

Singularis *Carpzovii* opinio est, qui in *Processu tit.* I. *art.* 5. *n.* 34. vix accidere ait, ut ordinarium instituatur iudicium possessorium, quum semper pateat petitorium, quod iisdem fere sumtibus, eademque opera ac pleniori effectu in iudicio agitetur, quippe in quo super in dominio sit concludendum, ubi qui reportat victoriam, de ultimo litis termino gloriari possit. Carpzovio adsentire videtur *Beyerus in Delineatione π. tit. de Interdictis p.* 543. Opinionis huius fun-

fundamentum eſt communis error, quod poſſeſſorium ordinarium proceſſu illo ordinario & ſumtuoſo ſit peragendum, quem in præcedentibus iam refelli. Scilicet poſſeſſorium ordinarium, quod non in præſente ſed antiquiore poſſeſſione ſe fundat, aut etiam ad poſſeſſionem noviter adquirendam tendit, etſi accuratius paulo, quam poſſeſſorium ſummarium, tractetur, celerius tamen, quam petitorium, expeditur. Et eveniunt aliquando caſus, in quibus parum provide petitorium inſtitueretur. Exemplo rem illuſtrabo. Poſt mortem præfecti cuiusdam, ruſtici agrum, quem ille tanquam muneri ſuo adnexum tenuerat, occupant & per aliquot annos poſſident, quod novus præfectus iurium ſuorum non ſatis gnarus ſileret. Tandem vero hic, poſtquam omnia diligenter inveſtigaſſet, expergiſcitur. Sed petitorium difficillimum ſibi futurum animadvertit, quod documentis nullis inſtructus eſſet. Igitur ad poſſeſſorium ordinarium confugit, & adverſariis poſſeſſionem quidem præſentem largitur, ſibi vero antiquiorem adſcribit, & recte quidem, quippe qui una cum anteceſſore ſuo perſona eſſet. Et iudicarunt ſecundum eum ICti Helmſtadienſes menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CC XXV. In Sachen des Landvoigt Balckens, Klägers an einem, wider Harm Harmes, und Curdt Böhmen, Beklagte am andern Theil, erkennet das Amt Wolfsenbüttel ꝛc. Daß Beklagte Klägern den Besitz der streitigen halben Wiese nebst den von Zeit, da Kläger Landvoigt geworden, daraus gehobenen Nutzungen abzutreten und auszuantworten schuldig. V. R. W. Rat. dec. Kläger fodert in poſſeſſorio ordinario die streitige halbe Wiese, und erweiset durch Zeugen, daß seine Vorfahren im Amte selbige jederzeit genutzet. Beklagte haben dagegen nichts anders eingewendet, als, ein Kläger müsse in poſſeſſorio ordinario auch præſentem poſſeſſionem, welche doch Kläger den Beklagten selbst zugestehe, vor sich haben. Allein dieses läuft wi-

 der

der alle principia des processus possessorii. Denn eben darinnen bestehet der Unterschied zwischen dem summario und ordinario, daß in jenem die præsens und ultima possessio, in diesem die antiquior und iustior possessio erwiesen werden muß, gestalt eben derjenige, welcher in possessorio summario untergelegen, von dem Richter ad ordinarium verwiesen wird, damit er dasjenige, was er in vorigen Zeiten gehabt und in den letzteren unrechtmäßig verlohren, wieder erhalte. Also irren dieselbige sehr, welche das possessorium ordinarium mit dem interdicto retinendæ possessionis uti possidetis confundiren, da es doch obangeführter massen mehr ad interdicta recuperandæ oder adipiscendæ possessionis gehöret. Diesemnach, und da Kläger erwiesen, daß seine Vorfahren die Wiese besessen, und er mit selbigen, als Nachfolger im Amte, pro una persona geachtet wird, Beklagte hingegen die Sache überaus negligent tractiret und nicht das geringste nur zu Beschönung der von ihnen nach des letzten Landvoigts Tod ergriffenen Possess angeführet; So haben sie nothwendig zu Abtretung des Besitzes und Erstattung der Nutzungen condemniret werden müssen. Indessen stehet Beklagten frey, ihr Recht an der Wiese in petitorio auszuführen. Auch haben wir sie, weil sie vielleicht einiges Recht in petitorio haben können, überdies ihnen die recentior possessio zu statten kommt, mit Erstattung der Unkosten verschonet.

VIII.

Princeps in possessoriis processibus privilegium nullum habet, sed, quoties insolitum quid poscit, etiam momentaneam possessionem adversus se admittere debet.

IX.

Tunc saltem decennalis possessio desideratur, quum possessor ius commune contra se habet, e. g. in regalibus, in immunitate ab oneribus ordinariis.

An

An & quousque proceſſus poſſeſſorius contra principem ac fiſcum eius locum inveniat, mira contentione inter ſeſe diſceptant doctores. Aliqui, principem de poſſeſſione litigare debere, prorſus negant, quod Galli inprimis faciunt, *Choppinus*, *Paponius*, *Rebuffus*, ſed & Germani multi, atque inter hos *Homborgius* noſter, qui in *reſponſo iuris* 77. *n.* 12. poſſeſſorem regalium privatum, etſi per immemoriale tempus poſſeſſionem tenuerit, non tamen defendi, ſed, dimiſſa poſſeſſione, petitorium inſtituere debere, ait. Contra *Lynckerus in Analectis ad π. lib.* 43. *tit.* 1. §. 7. ſimpliciter poſſeſſoria contra principem admittit. Mediam viam *Bergerus in Electis proceſſus poſſeſſorii* §. 26. tenet, atque brevem quidem poſſeſſionem contra principem allegari poſſe negat, decennali vero locum dat. Ego ſic ſentio: Quum poſſeſſio ius ſit, quo ne quidem ex naturali æquitate quis deſtitui poteſt, citra cauſſam cognitam, ut bene *Lynckerus* ait, igitur & princeps ſe huic naturali æquitati ſubiicere & iura poſſeſſionis intemerata relinquere debet. Id quod etiam iuri ſcripto convenit. Nam Vlpianus in *L.* 25. *de Iure fiſci* poſſeſſorem a probandi, unde habeat, neceſſitate abſolvit, & delatorem fiſcalem ad petendum & probandum obſtringit. Neque hic inter brevem longamque poſſeſſionem diſtinguo. Nam & qui brevi tempore rem tenuit, fortius ius habet, quam fiſcus, qui non tenuit, atque adeo huic merito præfertur. Ipſi tamen accedimus iis, qui regalia excipiunt, atque in his brevem detentionem poſſeſſori non prodeſſe, ſed minimum decennalem requiri dicunt. Receſſerunt igitur eatenus a doctrina Homborgii ICti Helmſtadienſes, atque decennalem poſſeſſionem in regalibus contra principem, menſe Ianuario anni CIϽ IϽ CCXV. admiſerunt: Es hat Beklagter, als er von klagendem Advocato fiſci wegen der auf ſeinem Guthe exercirten Jagd in Anſpruch genommen worden, ſich auf poſſeſſio-

 nem

nem berufen. Als ihm nun das Iudicium, die vorgeschützte possession zu erweisen, auferleget, hat Kläger hierwider Revision gesuchet. Die gravamina des Klägers bestehen hauptsächlich darinn, daß Beklagtem der Beweis einer Possession zuerkannt worden, da doch eine schlechte Possession in regalibus gar nicht zu attendiren: Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätten vorige Decreta aufgehoben, und die Jagd Beklagtem entweder ganz abgesprochen, oder er, ein von dem Landes-Herrn erhaltenes Privilegium zu erweisen, angehalten werden sollen. Alldieweil aber bewährte DD. mit statlichen Gründen behaupten, daß in Processen, welche sich zwischen Fürsten und Unterthanen wegen der Regalien entspinnen, auch die schlechte Possession nicht gänzlich ausser Augen zu setzen, sondern wenigstens alsdenn, wenn solche 10 Jahr exerciret worden, in Betrachtung zu ziehen, und der Unterthan in selbiger zu schützen sey; So haben wir nicht umhin gekonnt, vorigen Bescheid zu bestätigen. Verum hoc inter privilegia fisci referri non oportet, sed iuris communis est. Nempe in *c.* 7. *de Privilegiis in* 6. ei, cuius intentio de iure communi fundatur, contra simplicem possessorem, qui titulum nullum habet, iure suo eousque, donec hic de privilegio aut præscriptione plenam fidem faciat, uti permittit. Hoc igitur ad solum fiscum & regalia non pertinet, sed ad omnia omnino, etiam privatorum, iura, quæ in iure communi fundamentum habent. Contra fiscus, si quod sibi ius arrogat singulare atque inusitatum, tantum abest, ut possessionem adversus se admittere necessum non habeat, ut, quum præsumtio iuris ei adversetur, nec ipse quidem in simplice possessione defendendus videatur. Rem exemplo illustrabo. Immunitas ab oneribus publicis cum iure communi pugnat. Igitur possessio immunitatis, etiam per aliquot annos continuata, sed titulo non innixa, possessori, contra quem fortior præsumtio ex iure est, haud prodest. Fiscus enim nihilo-

hilominus onera exigit, donec possessor ius immunitatis legitime probet. Sed fac, fiscum onus solitum quidem, ultra modum tamen in libris censualibus descriptum, exigere, alterum vero possessionem libertatis obtendere. Defendi tunc possessorem, cuiuscunque etiam brevissimi temporis, atque fiscum ad petitorium ablegari & probatione onerari convenit. Sic ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXV. responderunt: Haben Sempronius und Wolgastus ihren vorgesetzten Amtmann deshalben, daß er sie bey ihren Meyer-Gütern wöchentlich 2 Tage dem Erb-Register und ihrer bisherigen Possession zuwider, zu dienen zwingen wollen, belanget. Entstehet demnach die Frage, ob der Amtmann dieses, daß Sempronius und Wolgastus wöchentlich 2 Tage zu dienen schuldig, in petitorio ausmachen müsse. Wenn nun gleich der Amtmann vorschützet, er vertrete iura principis, und sey folglich sich ad petitorium weisen zu lassen nicht gehalten, sondern es liege vielmehr den beyden Meyern ob, die Freyheit von Diensten, welche sie den Landes-Verfassungen zuwider prætendiren zu erweisen. Dieweil aber die Lehre der Doctorum, daß wider den Landes-Fürsten und seine Cammer die Possession nicht allegiret, noch die remedia possessoria angestellet werden können, von gedachten Doctoribus selbst nur auf den Fall, da jemand sich eines iuris regalis anmasset, oder eine gänzliche Freyheit von den ordentlichen Landes-Beschwerden behaupten will, restringiret, ausser diesem Fall hingegen den Unterthanen, sich auf ihre Possession zu berufen, und dieselbe so lange, bis die Cammer das Petitorium ausmachet, zu behaupten, verstattet wird, *Mevius P. 3. Decis. 205. num. 7. & 8.* und denn die Klägere allhier keine gänzliche Freyheit von dem Dienste prætendiren, sondern einen Tag gerne zugestehen, und nur nicht über das Herkommen und ihre Possession beschweret seyn wollen, übrigens der beyden Meyere Intention noch darzu in dem Erb-Register gegründet, mithin bereits ein Beweis ihrer Seits vorhanden ist, folglich

folglich dem Amtmanne, den Fidem dieſes Erb-Regiſters zu elidiren und dagegen Beweis zu führen, nothwendig oblieget; So muß der Amtmann dieſes, daß Sempronius und Wolgaſtus wöchentlich 2 Tage zu dienen ſchuldig, in petitorio nothwendig ausmachen.

X.

Sumtus litis, qui in proceſſu poſſeſſorio tacite præteriti fuerunt, in petitorio tamen adiudicari poſſunt.

XI.

Is etiam, qui in poſſeſſorio victoriam reportavit, in petitorio tamen ad expenſas totius litis ferendas damnari poteſt.

Equidem *lex* 3. *C. de Fructibus & litium expenſis*, terminato transactoque negotio, omnem actionem ſuper ſumtuum a iudice non adiudicatorum petitione denegat, nefasque eſſe dicit, poſt abſolutum dimiſſumque iudicium litem alteram conſurgere ex litis prima materia. Verum hæc ad poſſeſſorium proceſſum haud pertinent. Per hunc quippe non abſolvitur & dimittitur iudicium, ſed præparatur potius, & exploratur, uter ex litigatoribus, durante iudicio, poſſidere, & uter petere debeat, ut bene Iuſtinianus in §. 4. *I. de Interdictis* ait. Quamobrem etſi iudex in ſententia de poſſeſſorio lata expenſas litis tacitus præterierit, poterit tamen, inſtituto deinde proceſſu petitorio, eum ipſum, qui in poſſeſſorio victoriam obtinuit, ſi eum mala fide poſſediſſe videat, in ſumtus iudicii tam petitorii quam poſſeſſorii damnare. En itaque novum exemplum, quod Præſidis *Specimini LXXXIX. de Condemnatione victoris in expenſas* adiici poteſt. Quæ quum ita ſint, res minus dubii habet tunc, quum, inſtituto petitorio, improbitas & temeritas eius, qui in poſſeſſorio etiam ſuccubuit, apparet. Sic ICti Helmſtadienſes menſe Auguſto anni CIↃIↃCCXXII. iudi-

Digitized by Google

iudicarunt: Daß Klägerin vor allen Dingen die fol. 33. und 34. liquidirte Unkosten sub Num. 1. welche hiemit auf 39 Reichs-Thaler 16 Groschen gemäßiget werden, der Beklagten zu erstatten schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Es hat Klägerin ehemals einen Procefs gegen die Beklagte geführet und führen helfen, dessen Grund lediglich darin bestanden, daß das damalen streitige Haus nicht der Beklagten, sondern ihr und ihrem Geschwister gehöre. Die in solcher Sache gesprochene Urtheile haben die Beklagte in dem Besitze des streitigen Hauses geschützet, die Unkosten stillschweigend præteriret, und die Klägerin ad petitorium verwiesen. An statt aber dieses anzustellen, fodert Klägerin von der Beklagten anjetzo die Bezahlung eines Darlehns von 1000 Reichs-Thaler, welches der Beklagten Vater bey ihr aufgenommen, und das ehemalen in Streit gewesene Haus damit bezahlet. Hieraus erhellet nun deutlich, daß Klägerin in dem vorigen Processe wider besseres Wissen und Gewissen das Eigenthum des Hauses der Beklagten abgeleugnet. Es entstehet also die Frage, ob sie nicht, ehe sich Beklagte auf die neue Klage einlässet, derselben die durch den vorigen Procefs verursachte Unkosten bezahlen müsse. Sie will sich darzu nicht verstehen, unter dem Vorwande, daß die Unkosten bereits rechtskräftig übergangen worden, und der Unkosten halber kein neuer Procefs verstattet werden solle. Alldieweil aber die vorige Urthelsfasser die Unkosten nicht ausdrücklich compensiret, sondern, wie in possessoriis gebräuchlich, das Erkenntniß darüber bis zu Erörterung des petitorii ausgestellet, hiernächst kein Zweifel, daß selbige, wenn sie der Klägerin malam fidem, wie solcher nunmehr hervor scheinet, gewust hätten, diese in alle der Beklagen vergebens verursachte Unkosten vertheilet haben würden; So haben wir, immassen in unserem Urthel enthalten, billig erkannt. Consentit *Ordinat. processus Saxonici recognita* im Anhange §. 20.

SPECIMEN D.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLIII. TIT. II.

QVO
GENVINAM INDOLEM ET VSVM HODIERNVM

INTERDICTI QVORVM BONORVM

ET

ACTIONIS EX L. VLT. C. DE EDICTO D. ADRIANI

EX TENEBRIS ERVIT
ET IN PVBLICA DISPVTATIONE TVETVR
PAVLVS GODOFRED. CALMANNVS
BVDISSINVS
D. III. APRIL. ANNI CIϽIϽCCXXXI.

I.

Interdictum quorum bonorum summe æquum est.

II.

Vsus eius hodiernus duobus exemplis, illustri & privato, comprobatur.

Inter

Digitized by Google

Interdictum quorum bonorum summam æquitatis rationem habet. Accidit scilicet sæpe, ut ex duobus, qui de hereditate certant, is, cuius iura dubia & obscuriora sunt, præveniat tamen alterum, atque possessionem rerum hereditariarum prior occupet. Tunc alteri, quantumvis is meliore liquidioreque iure niti videatur, actoris tamen & petitoris partes subeundæ sunt. Si ordinaria via, nempe hereditatis petitione, utendum esset, secundum hodiernam iudiciorum faciem multorum annorum molestias ac impensas devorari oporteret, priusquam, discussis possessoris exceptionibus etsi iniustis difficilibus tamen & longam disputationem desiderantibus, victoria obtineatur, atque alter ad hereditatem cum fructibus restituendam damnetur. Et post damnationem exsequutio iterum & fructuum computatio novas ambages ac duorum minimum annorum moram desiderat. Quapropter nihil æquius est, quam, ut ex duobus litigatoribus is, durante iudicio, possessor constituatur, cuius iura magis in oculos incurrunt, atque alter cum argumentis suis altiorem indaginem requirentibus ad petendum ablegetur. Hunc in finem interdictum quorum bonorum datur, in quo per claram *L. 3. C. Quorum bonorum* bona ipsa in petitorem, frustrationibus, h. e. exceptionibus obscurioribus, amputatis, transferuntur, atque secunda actio proprietatis, scilicet hereditatis petitio, adversario reservatur. Huius tam æquæ tam iustæ legis usum hodiernum negare videtur *Beyerus in Delineat. tit. π. Quorum bonorum: Si,* inquiens, *hoc interdictum hodie detur, videtur magis retinendæ esse quam adipiscendæ.* Ego vero cum *Philippi in Vsu practico Instit. lib. 4. ecloga 71. n. 14.* & *Habnio ad Wesembecium tit. Quorum bonorum n. 6.* pro legis istius saluberrimæ usu pugno. Nec deficiunt exempla. Duo memorabo in præsens; illustre alterum, alterum privatum. De illo dicam prius. Exstincta anno 1694. in gente Meclenburgica domo Gu-

straviensi,

ſtravienſi, dux Suerinenſium cum Strelicenſium duce de hereditate contendebat, ſed, quia diuturnam litem prævidebat, ad interdictum quorum bonorum confugiebat, feliciſſimo eventu. Namque iudicium Imperii aulicum die 12. Ianuarii anni 1697. poſſeſſionem ipſi adiudicavit, & duci Strelicenſium decretum, ut loquuntur, ſalvatorium ratione petitorii dedit. Cuius petitorii difficultates quum animadverteret dux Strelicenſium, maluit, transactione die 8. Martii anni 1701. Hamburgi inita, pauca accipere, quam centum annos litigare. Pergo ad privatum exemplum. Lex eſt in Ducatu Brunsvicenſi, ut, mortuo ſine liberis alterutro coniuge, ſuperſtes integram hereditatem, excluſis defuncti fratribus & ſororibus, capiat, niſi defunctus vel pacto vel teſtamento aliud conſtituerit. Accidit vero in urbe Brunsviga, ut Alexander quidam cum Berenice uxore pacta dotalia conficeret, atque in his certam pecuniæ ſummam uxori relinqueret, reliquum patrimonium ſuum cognatis ſuis reſtitui iuberet. Mortuo Alexandro, Berenice ex lege communi ſuccedere mavult, &, pacta dotalia nulla eſſe, ac præterea a marito ante mortem revocata fuiſſe, dicit, teſteſque & argumenta offert; quorum examen ac diſceptatio viginti annos poſcere videbatur. Quid facerent cognati, quibus inſtrumentum quidem publicum & liquidum ſuppetebat, ſed tot annorum lis intolerabilis videbatur, eo magis, quod vidua confeſtim poſt mariti mortem poſſeſſionem adprehendiſſet, & inde ſumtus longi iudicii facile latura eſſet. Conſulti ergo ab iis ICti Helmſtadienſes menſe Ianuario anni CIↃ IↃ CC XV. interdictum quorum bonorum inſtitui iuſſerunt: Was die neunte Frage belanget, ob Berenice, da ſie ſich in der Güte nicht will weiſen laſſen, in den vollen Güthern und deren Genuß wehrenden Proceſſes zu laſſen ſey; So ſehen wir nicht, wie ihr, da ſie vermuthlich den Beſitz der ſtreitigen Güther gleich nach ihres Mannes Tode ergriffen, ſolcher vor Aus-

Digitized by Google

trag der Sache genommen, und wider die Verordnung der Rechte der Anfang mit der Execution gemachet werden könne. Es stehet aber den Anverwandten frey, mit Producirung der aufgerichteten Ehestiftung, alsofort auf Einräumung der Possession zu klagen, und das Interdictum quorum bonorum anzustellen, welches Interdictum darinnen besser ist, als die ordentliche hereditatis petitio, weil in jenem auch leviores probationes statt finden, die exceptiones altioris indaginis aber nicht zugelassen, sondern in das petitorium verwiesen werden.

III.

Interdictum quorum bonorum heredi etiam partiario contra coheredem datur.

IV.

Non aliter tamen, quam si ius eius liquidum & contradictio adversarii altioris indaginis sit.

Quod in *L.* 1. §. 1. *Quorum bonorum* dicitur, interdictum nostrum esse adipiscendæ possessionis universorum bonorum, captari non oportet, ut propterea heredem partiarium excludas. Nam quum bonorum possessio certæ etiam partis detur, *L.* 6. *pr. de Bonorum possessionibus*, interdictum quorum bonorum, quod inprimis pro tuenda bonorum possessione introductum fuit, ad hanc certam partem petendam instituitur. Sicut ergo hereditatis petitio coheredi contra coheredem, qui integram hereditatem tenet, pro parte datur, *L.* 1. §. 1. *Si pars hereditatis*, ita & interdictum quorum bonorum, quod remedium possessorium actioni petitoriæ accurate respondet. Necesse vero est, ut ius coheredis interdicentis firmius appareat, quam exceptio, qua coheres possessor eum excludere tentat. Nam si utrinque æqualis incertitudo adest, possessio illi, qui eam iam habet, relinquenda & confestim ad hereditatis petitionem deveniendum est. Adferam exemplum: Mortuo locuplete viro, sororis eiusdem filius hereditatem confestim occupat, se testa-

teſtamento heredem ſcriptum oſtendens. Et exſtabat quidem defuncti teſtamentum, ſed erat per procuratorem iudicii oblatum, & inde dubiis maximis involutum. Igitur defuncti frater, æqualia cum poſſeſſore iura ab inteſtato habens, ambages tamen & moras hereditatis petitionis metuens, interdictum quorum bonorum parat, ante autem ICtos Helmſtadienſes conſulit. Hi vero, menſe Maio anni CIƆ IƆCCXX. quod æqualia utrinque argumenta & paria ex utraque parte Doctorum agmina, teſtamentum per procuratorem oblatum tam probantium quam improbantium, viderent, interdictum quorum bonorum diſſuaſerunt, & hereditatis petitionem præſtare crediderunt: Hat der Procurator Köhne am 20. Auguſt. 1714. im Nahmen Franz Daniel Bergens und ſeiner Frauen ein Teſtamentum reciprocum, worinnen Franz Heinrich Kolbe zum einigen Erben eingeſetzet und die andere Verwandte ausgeſchloſſen worden, gerichtlich übergeben. Entſtehet demnach die Frage, ob des Teſtatoris Bruder, Conrad Berge, den Verſtorbenen mit beerben, delatam hereditatem agnoſciren, bonorum poſſeſſionem decretalem ſuchen, und nach erfolgter Contradiction über die Halbſcheid des Erbes des Interdicti quorum bonorum ſich bedienen könne, oder jetzo blos hereditatis petitionem anſtellen müſſe. Nun iſt zwar jederzeit vor einem, welcher Anſpruch an eine Erbſchaft machet, beſſer, daß er ſtatt der weitläuftigen und verdrüßlichen hereditatis petition ſich zuförderſt mit in den Beſitz der erbſchaftlichen Güther zu ſetzen ſuche, und die remedia prætoria und interdicta, worinnen mit Uebergehung der in altiore indagine beſtehenden Exceptionen dem Actori ſo fort die Poſſeſs zuerkannt wird, anſtelle. Dieweil aber dennoch der in dem vermeynten Teſtamente benannte Erbe einmal den Beſitz der ganzen Erbſchaft ergriffen, und alſo vor den einigen Beſitzer zu achten iſt, hiernächſt die Remedia poſſeſſoria und interdicta nur denjenigen, welche ein klares und ungezweifel-

tes

tes Recht haben, zu statten kommen, hier hingegen auf Seiten Franz Heinr. Kolbens ein nach unterschiedener Rechts-Lehrer Meynung gültiges Testament vorhanden, welches anzufechten und umzustossen eine ordentliche Klage und rechtliche Ausführung vonnöthen ist; So halten wir vor besser, daß Conrad Berge hereditatis petitionem wider den Besitzer gedachter Erbschaft anstelle. Aliud exemplum vide in *Præsidis Specim. CCCCXXII. de Successione descendentium, medit.* 6.

V.

Interdictum quorum bonorum & remedium legis ult. C. de Edicto D. Adriani toll. *prorsus conveniunt.*

VI.

Historia edicti D. Adriani exponitur.

Qui de interdicto quorum bonorum scribunt, remedium ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani toll.* tanquam adfine interdicto nostro commemorare & explicare solent. Sed illi entia præter necessitatem multiplicant. Nam remedium hoc prorsus cum interdicto convenit, unumque ac idem est. Scilicet prætor iam diu ante Adrianum Imperatorem heredibus in testamento seu scriptis seu nuncupatis bonorum possessionem secundum tabulas, & ex ea interdictum quorum bonorum dedit, cuius natura, ut supra ex *L. ult. C. quorum bonorum* dixi, hæc est, ut, amputatis & in secundam actionem reiectis frustrationibus atque exceptionibus altioris indaginis, possessio confestim in eum, qui testamento liquido nitebatur, transferretur. Accidebat autem sæpiuscule, ut heres institutus actionem suam longius differret. Ita vero fisco principis fraus fiebat, cui vicesima hereditatum extraneo relictarum ex lege Iulia debebatur. Quapropter Adrianus in gratiam fisci, non, ut vulgo creditur, heredum, edixit, ut heres in testamento vitium apertum non habente institutus possessionem intra annum peteret

teret ac impetraret, appellatione omni remota, post annum non audiretur. Hoc edictum Adriani ad nos quidem non pervenit, sed tamen, quale illud fuerit, ex *Iulii Pauli lib.* 3. *Recept. sent. tit.* 5. *n.* 13. *L.* 7. *C. Th. de Testamentis*, *L.* 26. *C. Th. Quorum appellationes non recip. Novellis Valentiniani tit.* 4. *n.* 1. & *tit. C. de Edicto. D. Adriani toll.* sat lucidis coniecturis colligimus. Abolita deinde vicesima, retentum est tamen diu illud ab Adriano introductum annuum spatium, eoque elapso, heres testamentarius a petitione exclusus. Quod indignatus tandem Iustinianus in *L. ult. C. de Edicto D. Adriani* vetuit, missionem scripti heredis in possessionem hereditatis ullis angustiis temporum coarctari, eique, qui sive post annale tempus, sive post maioris ævi curricula, missus fuerit, dummodo ex legitime formato testamento missio processerit, ullum temporis obstaculum obiici, nisi ordinaria præscriptio completa fuerit. Hoc unum est, quod noviter in ista famosa *lege ult.* constituit Iustinianus, de cetero interdictum quorum bonorum, sicut id ante Adrianum & sub Adriano & post Adrianum fuerat, confirmavit, ut scilicet heres, qui iudici testamentum, quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, ostenderit, statim in possessionem earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, mittatur, contradictor vero, cuius ius altioris indaginis sit, ad ordinarium hereditatis petitionis iudicium ablegetur.

VII.

Remedium ex L. ult. C. de Edicto D. Adriani *iure Romano summarium est saltem.*

VIII.

At moribus Germaniæ in processum exsequutivum deduci potest.

Quæ

Digitized by Google

Quæstionem hanc, utrum actio ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani* exsequutiva, an summaria saltem sit, operose ventilat illustris *Bergerus in Supplem. ad Electa Disc. for. P. I. pag.* 41. & in ea decidenda summum, qui Dresdæ est, provocationum senatum a ICtis Lipsiensibus, Vitembergensibus & Ienensibus dissensisse ait. Mihi res planissima videtur. Si solum ius Romanum & ipsam *legem ultimam*, actionis huius sedem, inspicis, actio hæc nullo modo exsequutiva dici potest. Exsequutivum quippe processum Iustinianus & iuris Romani auctores ignorarunt prorsus, atque adeo heredibus aut legatariis tribuere nullo modo potuerunt. Dederunt ergo saltem processum summarium, admiseruntque exceptiones etiam intricatiores, ita tamen, ut eas breviter proponi ac probari, seu, ut pragmatici loquuntur, demonstrari oporteat, operosæ autem probationes non admittantur. Apparet hoc clare ex his *d. legis ult.* verbis: *Sin autem aliquis contradictor exstiterit: tunc in iudicio competenti caussæ in possessionem missionis & subsequutæ contradictionis ventilentur: & ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, sive qui antea detinens contradicendum putavit.* Verum Germani breviorem longe viam habent, scilicet processum exsequutivum, in quo exceptiones omnes, quæ in continenti probari nequeunt, reiiciuntur. Hic processus exsequutivus toties locum habet, quoties, ut *Bergerus in Electis processus exsec.* §. 9. ait, omnia libelli capita e documento incontinenti probari possunt, seu, ut *Ludovici* in der Einleitung zum *Civil-Procefs c.* 3. §. 3. rem effert, daß die Rechte denenjenigen zu Gute den *processum exsequutivum* eingeführet haben, welche den Grund ihrer ganzen Klage dem Richter gleich von Anfang und auf einmal deutlich vor Augen legen können; qui etiam exempli loco legatarios & fideicommissarios testamentum nullo visibili vitio laborans proferentes commemorat.

Quid opus ergo est, ad legem illam provocare, quum longe melius remedium habeamus? Consentit die erläuterte Sächsische *Procefs*-Ordnung im Anhange §. 4. Nec movet me in contrarium ratio, quod beneficium processus exsequutivi saltem in favorem instrumentorum obligatoriorum, non etiam testamentorum, introductum sit. Ego quippe processum exsequutivum non pro solis instrumentis obligatoriis, sed pro omnibus documentis liquidis & indubiis, & magis etiam pro publicis, qualia pleraque testamenta esse solent, introductum credo. Generalis introducti processus exsequutivi caussa est, ne hi, quorum ius in aprico versatur, diu langueant, nec ab his, quorum postulata obscuriora videntur, longo processu fatigentur, sed confestim ad possessionem deveniant, atque interim, donec adversarii ius suum ex caligine in lucem producant, re, de qua lis est, fruantur. Quae caussa non ad sola instrumenta obligatoria, sed ad omnia documenta tam publica quam privata refertur.

IX.

Actio ex L. ult. C. de Edicto D. Adriani tollendo *tunc locum non habet, quum legitimus contradictor adest.*

X.

Legitimus contradictor dicitur, cui talis exceptio competit, quae in processu exsequutivo locum habet, id est, quae in continenti probari potest.

XI.

Talis etiam est exceptio rei inter alios actae.

Vetat Iustinianus in *L. ult. C. de Edicto D. Adriani toll.* tunc, quum legitimus contradictor exsistit, heredem vel legatarium in possessionem rerum a defuncto relictarum confestim mitti, sed caussam in iudicio competenti ventilari iubet. Quis ibi per legitimum contradictorem intelligatur, DD. invicem totis voluminibus certant. Ego, si mentem & verba-

verba Iuſtiniani accurate conſidero, legitimum contradictorem ei omnem illum eſſe credo, qui res hereditarias ſe iuſto titulo tenere dicit. Hunc audiri exceptionesque eius cognoſci, breviter tamen & ſummarie, vult Imperator. Verum enim vero poſtquam hodie, ut modo dixi, proceſſus exſequutivus introductus atque ad actionem ex *L. ult. C. de Edict. D. Adriani* extenſus fuit, legitimus contradictor erit omnis is, cui talis exceptio competit, quæ in proceſſu exſequutivo admittitur. Admittuntur vero in proceſſu exſequutivo eæ tantum exceptiones, quæ in continenti ſunt liquidæ, id eſt, ex ipſo illo, in quo actor actionem ſuam fundavit, vel etiam ex alio documento indubio & guarentigiato probari poſſunt. Sic e. g. ſi is, contra quem ex teſtamento agitur, tertius poſſeſſor ſit, atque ius teſtatoris in res eas, quæ petuntur, non agnoſcat, is exceptionem rei inter alios actæ, quæ ex inſpectione teſtamenti in oculos illico incurrit, iure optimo opponet. Cuius rei exemplum & de eo ſententiam ICtorum Vitembergenſium commemorat *Præſes in Specimine CCCLXXXI. de Actione ex legato, medit.* 8.

XII.

Actioni ex L. ult. C. de Edicto D. Adriani *inprimis obſtat exceptio vitii viſibilis.*

XIII.

Teſtamentum etiam iudiciale vitio viſibili laborare poteſt.

XIV.

Tale viſibile vitium eſt, quum ex protocollo, quod ſuper teſtamento confectum fuit, eſſentialia teſtamenti requiſita non apparent, vel verbis adeo obſcuris proponuntur, ut ſuſpicionem in animo iudicis excitent.

XV.

Vitium visibile est, quando testes vel personae iudiciales non ex testatoris voluntate, sed iussu heredis advocati fuerunt.

XVI.

Vitium visibile est, quando in testatore moribundo animus deliberatus non apparet.

XVII.

Vitium visibile est, quando testamentum simpliciter ad interrogationem vel propositionem alterius conditur, si quidem non apparet, testatorem huic antea voluntatem suam exposuisse.

XVIII.

Vitium visibile est, quando testator animam agens aliqua mentis prae tumultu mortis angustiatae signa edit.

XIX.

Vitium visibile est, quando testator, antequam testamentum conficeret, alienationem mentis passus in actu testandi perfectissimum intervallum non habuit, sed saltem in conspectu inumbratae quietis positus fuit.

Legitimus contradictor, cuius in actione ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani* rationem haberi oportet, sine dubio is est, qui testamento, ex quo adversus ipsum agitur, vitium aliquod visibile opponit. Opponi vero tale vitium potest testamento non solum privato, sed & iudicialiter confecto. Quan-

Digitized by Google

Quantacunque enim ſit iudicii fides, ac integritatis & ſolemnitatis pro eo præſumtio, fides tamen hæc & præſumtio cedit veritati, maxime, ſi hæc in oculos incurrat. Erit autem vitium viſibile etiam tunc, quum requiſitum quoddam eſſentiale teſtamenti in protocollo aut inſtrumento non apparet, atque adeo defeciſſe arguitur. Rem optime exemplo illuſtrabo. Summa circumſpectione in moribundorum teſtamentis, quæ ſæpiuſcule dolo, metu, importunis flagitationibus eliciuntur, opus eſt. Prudentiſſime igitur legislator Saxo in *Conſtit.* 5. *Part.* 3. tria ad hoc, ut teſtamentum moribundi ſubſiſtat, requirit, quæ tria requiſita tamen non ſingularia quædam iuris Saxonici ſunt, ſed ex recta ratione & iure communi hauſta per totum terrarum orbem deſiderantur. Conſtare ergo de his ex ipſo protocollo aut inſtrumento debet. Si non conſtet, vitium viſibile aderit, & actio ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani toll.* locum non habebit. Communicavit mecum *Præſes* reſponſum ab ipſo nuper admodum menſe Martio anni CIϽ IϽ CC XXXI. exaratum, quod, quia hanc & ceteras a me præmiſſas theſes mirifice explicat, hic adiiciam: Iſt der Stallmeiſter zu Wittenberg, Heinrich Nidda, im Martio 1710. verſtorben, und nach ſeinem Tode ein dem Angeben nach von ihm errichtetes Teſtament, worinnen er ſeinen Vetter, Johann Philippen Nidda, zum völligen Erben eingeſetzet haben ſoll, eröfnet worden. Nachdem ſich jedoch ein ziemlich ſtarker Verdacht wider die Richtigkeit ſolchen Teſtaments hervorthut, ſo wird zu wiſſen verlanget, ob gedachtes Teſtament vor unrichtig und nichtig zu erkennen. Nun iſt zwar in dem über das vermeynte Teſtament gehaltenen gerichtlichen Protocollo umſtändlich angeführet, daß der verſtorbene Stallmeiſter durch einen abgeſchickten Studioſum den Creys-Amtmann erſuchen laſſen, ſeinen letzten Willen gerichtlich aufzunehmen, hierauf der Creys-Amtmann den Amts-Actuarium und zwey Ge-

ſtravienſi, dux Suerinenſium cum Strelicenſium duce de hereditate contendebat, ſed, quia diuturnam litem prævidebat, ad interdictum quorum bonorum confugiebat, feliciſſimo eventu. Namque iudicium Imperii aulicum die 12. Ianuarii anni 1697. poſſeſſionem ipſi adiudicavit, & duci Strelicenſium decretum, ut loquuntur, ſalvatorium ratione petitorii dedit. Cuius petitorii difficultates quum animadverteret dux Strelicenſium, maluit, transactione die 8. Martii anni 1701. Hamburgi inita, pauca accipere, quam centum annos litigare. Pergo ad privatum exemplum. Lex eſt in Ducatu Brunsvicenſi, ut, mortuo ſine liberis alterutro coniuge, ſuperſtes integram hereditatem, excluſis defuncti fratribus & ſororibus, capiat, niſi defunctus vel pacto vel teſtamento aliud conſtituerit. Accidit vero in urbe Brunsviga, ut Alexander quidam cum Berenice uxore pacta dotalia conficeret, atque in his certam pecuniæ ſummam uxori relinqueret, reliquum patrimonium ſuum cognatis ſuis reſtitui iuberet. Mortuo Alexandro, Berenice ex lege communi ſuccedere mavult, &, pacta dotalia nulla eſſe, ac præterea a marito ante mortem revocata fuiſſe, dicit, teſteſque & argumenta offert; quorum examen ac diſceptatio viginti annos poſcere videbatur. Quid facerent cognati, quibus inſtrumentum quidem publicum & liquidum ſuppetebat, ſed tot annorum lis intolerabilis videbatur, eo magis, quod vidua confeſtim poſt mariti mortem poſſeſſionem adprehendiſſet, & inde ſumtus longi iudicii facile latura eſſet. Conſulti ergo ab iis ICti Helmſtadienſes menſe Ianuario anni CIↃ IↃ CC XV. interdictum quorum bonorum inſtitui iuſſerunt: Was die neunte Frage belanget, ob Berenice, da ſie ſich in der Güte nicht will weiſen laſſen, in den vollen Güthern und deren Genuß wehrenden Proceſſes zu laſſen ſey; So ſehen wir nicht, wie ihr, da ſie vermuthlich den Beſitz der ſtreitigen Güther gleich nach ihres Mannes Tode ergriffen, ſolcher vor Aus-

trag

trag der Sache genommen, und wider die Verordnung der Rechte der Anfang mit der Execution gemachet werden könne. Es stehet aber den Anverwandten frey, mit Producirung der aufgerichteten Ehestiftung, alsofort auf Einräumung der Possession zu klagen, und das Interdictum quorum bonorum anzustellen, welches Interdictum darinnen besser ist, als die ordentliche hereditatis petitio, weil in jenem auch leviores probationes statt finden, die exceptiones altioris indaginis aber nicht zugelassen, sondern in das petitorium verwiesen werden.

III.

Interdictum quorum bonorum heredi etiam partiario contra coheredem datur.

IV.

Non aliter tamen, quam si ius eius liquidum & contradictio adversarii altioris indaginis sit.

Quod in *L.* 1. §. 1. *Quorum bonorum* dicitur, interdictum nostrum esse adipiscendæ possessionis universorum bonorum, captari non oportet, ut propterea heredem partiarium excludas. Nam quum bonorum possessio certæ etiam partis detur, *L.* 6. *pr. de Bonorum possessionibus*, interdictum quorum bonorum, quod inprimis pro tuenda bonorum possessione introductum fuit, ad hanc certam partem petendam instituitur. Sicut ergo hereditatis petitio coheredi contra coheredem, qui integram hereditatem tenet, pro parte datur, *L.* 1. §. 1. *Si pars hereditatis*, ita & interdictum quorum bonorum, quod remedium possessorium actioni petitoriæ accurate respondet. Necesse vero est, ut ius coheredis interdicentis firmius appareat, quam exceptio, qua coheres possessor eum excludere tentat. Nam si utrinque æqualis incertitudo adest, possessio illi, qui eam iam habet, relinquenda & confestim ad hereditatis petitionem deveniendum est. Adferam exemplum: Mortuo locuplete viro, sororis eiusdem filius hereditatem confestim occupat, se

tes Recht haben, zu statten kommen, hier hingegen auf Seiten Franz Heinr. Kolbens ein nach unterschiedener Rechts-Lehrer Meynung gültiges Testament vorhanden, welches anzufechten und umzustossen eine ordentliche Klage und rechtliche Ausführung vonnöthen ist; So halten wir vor besser, daß Conrad Berge hereditatis petitionem wider den Besitzer gedachter Erbschaft anstelle. Aliud exemplum vide in *Præsidis Specim. CCCCXXII. de Successione descendentium, medit.* 6.

V.

Interdictum quorum bonorum & remedium legis ult. C. de Edicto D. Adriani toll. *prorsus conveniunt.*

VI.

Historia edicti D. Adriani exponitur.

Qui de interdicto quorum bonorum scribunt, remedium ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani toll.* tanquam adfine interdicto nostro commemorare & explicare solent. Sed illi entia præter necessitatem multiplicant. Nam remedium hoc prorsus cum interdicto convenit, unumque ac idem est. Scilicet prætor iam diu ante Adrianum Imperatorem heredibus in testamento seu scriptis seu nuncupatis bonorum possessionem secundum tabulas, & ex ea interdictum quorum bonorum dedit, cuius natura, ut supra ex *L. ult. C. quorum bonorum* dixi, hæc est, ut, amputatis & in secundam actionem reiectis frustrationibus atque exceptionibus altioris indaginis, possessio confestim in eum, qui testamento liquido nitebatur, transferretur. Accidebat autem sæpiuscule, ut heres institutus actionem suam longius differret. Ita vero fisco principis fraus fiebat, cui vicesima hereditatum extraneo relictarum ex lege Iulia debebatur. Quapropter Adrianus in gratiam fisci, non, ut vulgo creditur, heredum, edixit, ut heres in testamento vitium apertum non habente institutus possessionem intra annum peteret

Digitized by Google

teret ac impetraret, appellatione omni remota, poſt annum non audiretur. Hoc edictum Adriani ad nos quidem non pervenit, ſed tamen, quale illud fuerit, ex *Iulii Pauli lib. 3. Recept. ſent. tit. 5. n. 13. L. 7. C. Th. de Teſtamentis, L. 26. C. Th. Quorum appellationes non recip. Novellis Valentiniani tit. 4. n. 1. & tit. C. de Edicto. D. Adriani toll.* ſat lucidis coniecturis colligimus. Abolita deinde viceſima, retentum eſt tamen diu illud ab Adriano introductum annuum ſpatium, eoque elapſo, heres teſtamentarius a petitione excluſus. Quod indignatus tandem Iuſtinianus in *L. ult. C. de Edicto D. Adriani* vetuit, miſſionem ſcripti heredis in poſſeſſionem hereditatis ullis anguſtiis temporum coarctari, eique, qui ſive poſt annale tempus, ſive poſt maioris ævi curricula, miſſus fuerit, dummodo ex legitime formato teſtamento miſſio proceſſerit, ullum temporis obſtaculum obiici, niſi ordinaria præſcriptio completa fuerit. Hoc unum eſt, quod noviter in iſta famoſa *lege ult.* conſtituit Iuſtinianus, de cetero interdictum quorum bonorum, ſicut id ante Adrianum & ſub Adriano & poſt Adrianum fuerat, confirmavit, ut ſcilicet heres, qui iudici teſtamentum, quod in prima figura ſine omni vituperatione appareat, oſtenderit, ſtatim in poſſeſſionem earum rerum, quæ teſtatoris mortis tempore fuerunt, mittatur, contradictor vero, cuius ius altioris indaginis ſit, ad ordinarium hereditatis petitionis iudicium ablegetur.

VII.

Remedium ex L. ult. C. de Edicto D. Adriani *iure Romano ſummarium eſt ſaltem.*

VIII.

At moribus Germaniæ in proceſſum exſequutivum deduci poteſt.

Quæ

Digitized by Google

Quæstionem hanc, utrum actio ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani* exsequutiva, an summaria saltem sit, operose ventilat illustris *Bergerus in Supplem. ad Electa Disc. for. P. I. pag.* 41. & in ea decidenda summum, qui Dresdæ est, provocationum senatum a ICtis Lipsiensibus, Vitembergensibus & Ienensibus dissensisse ait. Mihi res planissima videtur. Si solum ius Romanum & ipsam *legem ultimam*, actionis huius sedem, inspicis, actio hæc nullo modo exsequutiva dici potest. Exsequutivum quippe processum Iustinianus & iuris Romani auctores ignorarunt prorsus, atque adeo heredibus aut legatariis tribuere nullo modo potuerunt. Dederunt ergo saltem processum summarium, admiseruntque exceptiones etiam intricatiores, ita tamen, ut eas breviter proponi ac probari, seu, ut pragmatici loquuntur, demonstrari oporteat, operosæ autem probationes non admittantur. Apparet hoc clare ex his *d. legis ult.* verbis: *Sin autem aliquis contradictor exstiterit: tunc in iudicio competenti caussæ in possessionem missionis & subsequutæ contradictionis ventilentur: & ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, sive qui antea detinens contradicendum putavit.* Verum Germani breviorem longe viam habent, scilicet processum exsequutivum, in quo exceptiones omnes, quæ in continenti probari nequeunt, reiiciuntur. Hic processus exsequutivus toties locum habet, quoties, ut *Bergerus in Electis processus exsec.* §. 9. ait, omnia libelli capita e documento in continenti probari possunt, seu, ut *Ludovici* in der Einleitung zum *Civil-Procefs* c. 3. §. 3. rem effert, daß die Rechte denenjenigen zu Gute den *processum exsequutivum* eingeführet haben, welche den Grund ihrer ganzen Klage dem Richter gleich von Anfang und auf einmal deutlich vor Augen legen können; qui etiam exempli loco legatarios & fideicommissarios testamentum nullo visibili vitio laborans proferentes commemorat.

Digitized by Google

Quid opus ergo est, ad legem illam provocare, quum longe melius remedium habeamus? Consentit die erläuterte Sächsische Process-Ordnung im Anhange §. 4. Nec movet me in contrarium ratio, quod beneficium processus exsequutivi saltem in favorem instrumentorum obligatoriorum, non etiam testamentorum, introductum sit. Ego quippe processum exsequutivum non pro solis instrumentis obligatoriis, sed pro omnibus documentis liquidis & indubiis, & magis etiam pro publicis, qualia pleraque testamenta esse solent, introductum credo. Generalis introducti processus exsequutivi caussa est, ne hi, quorum ius in aprico versatur, diu langueant, nec ab his, quorum postulata obscuriora videntur, longo processu fatigentur, sed confestim ad possessionem deveniant, atque interim, donec adversarii ius suum ex caligine in lucem producant, re, de qua lis est, fruantur. Quae caussa non ad sola instrumenta obligatoria, sed ad omnia documenta tam publica quam privata refertur.

IX.

Actio ex L. ult. C. de Edicto D. Adriani tollendo *tunc locum non habet, quum legitimus contradictor adest.*

X.

Legitimus contradictor dicitur, cui talis exceptio competit, quae in processu exsequutivo locum habet, id est, quae in continenti probari potest.

XI.

Talis etiam est exceptio rei inter alios actae.

Vetat Iustinianus in *L. ult. C. de Edicto D. Adriani toll.* tunc, quum legitimus contradictor exsistit, heredem vel legatarium in possessionem rerum a defuncto relictarum confestim mitti, sed caussam in iudicio competenti ventilari iubet. Quis ibi per legitimum contradictorem intelligatur, DD. invicem totis voluminibus certant. Ego, si mentem & verba-

Digitized by Google

verba Iustiniani accurate considero, legitimum contradictorem ei omnem illum esse credo, qui res hereditarias se iusto titulo tenere dicit. Hunc audiri exceptionesque eius cognosci, breviter tamen & summarie, vult Imperator. Verum enim vero postquam hodie, ut modo dixi, processus exsequutivus introductus atque ad actionem ex *L. ult. C. de Edict. D. Adriani* extensus fuit, legitimus contradictor erit omnis is, cui talis exceptio competit, quae in processu exsequutivo admittitur. Admittuntur vero in processu exsequutivo eae tantum exceptiones, quae in continenti sunt liquidae, id est, ex ipso illo, in quo actor actionem suam fundavit, vel etiam ex alio documento indubio & guarentigiato probari possunt. Sic e. g. si is, contra quem ex testamento agitur, tertius possessor sit, atque ius testatoris in res eas, quae petuntur, non agnoscat, is exceptionem rei inter alios actae, quae ex inspectione testamenti in oculos illico incurrit, iure optimo opponet. Cuius rei exemplum & de eo sententiam ICtorum Vitembergensium commemorat *Praeses in Specimine CCCLXXXI. de Actione ex legato, medit.* 8.

XII.

Actioni ex L. ult. C. de Edicto D. Adriani *inprimis obstat exceptio vitii visibilis.*

XIII.

Testamentum etiam iudiciale vitio visibili laborare potest.

XIV.

Tale visibile vitium est, quum ex protocollo, quod super testamento confectum fuit, essentialia testamenti requisita non apparent, vel verbis adeo obscuris proponuntur, ut suspicionem in animo iudicis excitent.

XV.

Vitium visibile est, quando testes vel personæ iudiciales non ex testatoris voluntate, sed iussu heredis advocati fuerunt.

XVI.

Vitium visibile est, quando in testatore moribundo animus deliberatus non apparet.

XVII.

Vitium visibile est, quando testamentum simpliciter ad interrogationem vel propositionem alterius conditur, si quidem non apparet, testatorem huic antea voluntatem suam exposuisse.

XVIII.

Vitium visibile est, quando testator animam agens aliqua mentis præ tumultu mortis angustiatæ signa edit.

XIX.

Vitium visibile est, quando testator, antequam testamentum conficeret, alienationem mentis passus in actu testandi perfectissimum intervallum non habuit, sed saltem in conspectu inumbratæ quietis positus fuit.

Legitimus contradictor, cuius in actione ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani* rationem haberi oportet, sine dubio is est, qui testamento, ex quo adversus ipsum agitur, vitium aliquod visibile opponit. Opponi vero tale vitium potest testamento non solum privato, sed & iudicialiter confecto. Quan-

Digitized by Google

Quantacunque enim ſit iudicii fides, ac integritatis & ſolemnitatis pro eo præſumtio, fides tamen hæc & præſumtio cedit veritati, maxime, ſi hæc in oculos incurrat. Erit autem vitium viſibile etiam tunc, quum requiſitum quoddam eſſentiale teſtamenti in protocollo aut inſtrumento non apparet, atque adeo defeciſſe arguitur. Rem optime exemplo illuſtrabo. Summa circumſpectione in moribundorum teſtamentis, quæ ſæpiuſcule dolo, metu, importunis flagitationibus eliciuntur, opus eſt. Prudentiſſime igitur legislator Saxo in *Conſtit.* 5. *Part.* 3. tria ad hoc, ut teſtamentum moribundi ſubſiſtat, requirit, quæ tria requiſita tamen non ſingularia quædam iuris Saxonici ſunt, ſed ex recta ratione & iure communi hauſta per totum terrarum orbem deſiderantur. Conſtare ergo de his ex ipſo protocollo aut inſtrumento debet. Si non conſtet, vitium viſibile aderit, & actio ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani toll.* locum non habebit. Communicavit mecum *Præſes* reſponſum ab ipſo nuper admodum menſe Martio anni CIƆ IƆ CC XXXI. exaratum, quod, quia hanc & ceteras a me præmiſſas theſes mirifice explicat, hic adiiciam: Iſt der Stallmeiſter zu Wittenberg, Heinrich Nidda, im Martio 1710 verſtorben, und nach ſeinem Tode ein dem Angeben nach von ihm errichtetes Teſtament, worinnen er ſeinen Vetter, Johann Philippen Nidda, zum völligen Erben eingeſetzet haben ſoll, eröfnet worden. Nachdem ſich jedoch ein ziemlich ſtarker Verdacht wider die Richtigkeit ſolchen Teſtaments hervorthut, ſo wird zu wiſſen verlanget, ob gedachtes Teſtament vor unrichtig und nichtig zu erkennen. Nun iſt zwar in dem über das vermeynte Teſtament gehaltenen gerichtlichen Protocollo umſtändlich angeführet, daß der verſtorbene Stallmeiſter durch einen abgeſchickten Studioſum den Creys-Amtmann erſuchen laſſen, ſeinen letzten Willen gerichtlich aufzunehmen, hierauf der Creys-Amtmann den Amts-Actuarium und zwey Ge-

 richts-

Digitized by Google

richts-Personen in dessen Behausung geschickt, diese den Testatorem verständig angetroffen, und derselbe sich gegen sie zwar kurz doch deutlich erkläret, dabey auch, nachdem der Actuarius ihm solches hinwieder vorgehalten, nochmals beständig verharret, und, daß dieses sein letzter Wille sey, wornach er nach seinem erfolgten seligen Tode gehalten wissen wollte, mit einem lauten Ja bekräftiget, und denn dergleichen in gerichtlichen Actis gegründetes Testament fidem publicam und præsumtionem veritatis und integritatis vor sich hat, mithin durch das einzelne privat-Zeugniß einer Frauens-Person nicht entkräftet werden kann, da zumal in dubio ein jeder bey gutem Verstande gewesen zu seyn vermuthet, auch in einem Testatore eben kein sonderbarer vigor animi und iudicii erfodert wird, *L. 4. C. qui testamenta facere possint*, nächstdem ein Testator pro furioso nicht zu achten ist, daferne er nicht in ipso actu testandi merkliche Anzeigungen davon spüren läßt, *L. 9. C. qui testamenta facere possint*, gestalt denn furor superveniens ein an sich richtiges Testament nicht über den Haufen werfen mag, §. 1. *I. Quibus non est permissum facere testam.* Alldieweil aber die Aussage der abgehörten Zeugen dem gerichtlichen Protocoll nicht widerspricht, sondern dasselbe nur erkläret, und die darinnen mit etwas dunkeln Worten angemerkte Haupt-Umstände entdecket, also mit selbigem ganz wohl concilüret werden kann, und dasjenige, was der Actuarius und die Gerichte selbst nicht wissen können, an den Tag bringet, immassen aus solcher Aussage erhellet, daß 1) der an den Creys-Amtmann geschickte Studiosus nicht von dem Stallmeister selbst, sondern von dem eingesetzten Erben abgesandt worden, daß 2) der Stallmeister von solcher Abschickung nichts gewußt, also bey dem Eintritt der Gerichte gefraget, was die Männer, welche er ja nicht heissen dahin kommen, wollten; woraus das, was in dem Protocollo stehet: daß nemlich der Testator sich nicht gleich zu recolligiren vermogt, dahero die Gerichte anfänglich bey

Seite

Seite gegangen, und eine halbe Stunde hernach wieder gekommen; sein Licht erhält, daß 3) die laut Protocolli von dem Testatore geschehene kurze und deutliche Erklärung in einer blossen Approbation des nicht auf sein Geheiß, sondern auf Veranlassung des Erben, niedergeschriebenen und ihm, dem Testatori, nur vorgesagten Testaments bestanden, daß 4) der Testator in seiner Krankheit seinen Verstand nicht allezeit gehabt, sondern in ein und der andern Stunde sich dessen nicht gebrauchen, oder, wie das Protocoll redet, sich nicht recolligiren können, daß 5) dem Testatori, besage Protocolli, das Reden sehr schwer angekommen, also die Zeugen nicht recht wahrnehmen können, ob er zu selbiger Zeit seinen Verstand gehabt oder nicht, daß 6) der Testator damalen schon mit dem Tode gerungen, also, wie Iustinianus in *Novella* 18. *cap.* 6. redet, pro tumultu mortis angustiatus nicht mehr wohl reden können; und denn bey solcher des gerichtlichen Protocolli Uebereinstimmung mit der Zeugin Aussage ein vollkommener Beweis vorhanden ist, also das vermeynte Testament unmöglich bestehen kann, nachdem anfänglich auf Seiten des Stallmeisters die Intention zu testiren, ohne welcher kein Testament nach der deutlichen Vorschrift der Churfürstl. Sächs. 5. *constit. part.* 3. gültig ist, gemangelt, und der dieserwegen in das Creys-Amt gekommene Studiosus nicht allein keine Vollmacht vorgezeiget, sondern der Testator, ihm dergleichen gegeben zu haben, bey dem Eintritt der Gerichte ausdrücklich geleugnet, hiernächst die Suggestion, da nemlich jemand dem Testatori das Testament vorschreibt, also dieser seines Herzens Meynung nicht freywillig entdecket, solches Testament sowohl nach dem natürlichen als geschriebenen Rechte verwerflich machet, dasselbe auch dadurch, daß der Testator es bey der Vorhaltung oder Vorlesung mit einem lauten Ja bestärket, in Ermangelung eines animi deliberati, nicht zu Kräften kommet, *L.* 29. *C. de Testamentis*, Ordnung der *Notarien* vom Jahr 1512. *tit.* von Testamenten

Digitized by Google

menten §. Aber die Form: *ibi:* öffentlich und klärlich benennet, *Carpzov. P. 3. C. 5. def. 6. Berger Centur. 3. Consil.* 44. Adde *Meditat. ad π. sp.* 375. *de Heredipetis & illicitis eorum artibus, medit.* 12. 13. 14. ferner eines Sterbenden und in letzten Zügen Liegenden Testament zu sustiniren nicht genug ist, daß der Testator klar und articulate geredet, sondern überdies aus der gesunden Vernunft und von den Rechts-Lehrern, *Dauthio de Testamentis rubr. qui test. facere possunt num.* 234. *Strykio in Cautelis testamentorum cap.* 4. §. 36. erfodert wird, daß man aus den Reden sehen könne, es habe der Sterbende noch bonum intellectum und memoriam gehabt, in dessen Ermangelung dergleichen Testament zu Recht nicht bestehet, vide *Godofredum ad L.* 8. *C. Qui testamenta facere possunt lit. d.* wie denn bewährte Rechts-Lehrer, *Berlichius P.* 3. *Const.* 6. *n.* 19. und die von ihm allegirte *Gravetta* und *Pruckmannus* gegenwärtigen casum in terminis decidiren, ja noch viel weiter gehen, und defectum sanæ mentis in einem Testatore, welcher bey seinem Leben an kein testiren gedacht, sondern erst 2 oder 3 Tage vor seinem Tode ein Testament gefertiget, præsumiren, vide simillimum cum præsente casu exemplum in *Meditat. ad π. sp.* 352. *de Probibitis testari, medit.* 8. 9. 10. weiter der furor superveniens zwar ein vorher gemachtes wohlbedächtiges Testament nicht entkräftet, hingegen alsdenn, wenn der Testator ante actum testandi ein Zeichen seines verrückten Verstandes von sich gegeben, der nachgehends errichtete letzte Wille oder Handel anderer Gestalt nicht bestehet, es sey denn, daß das zu solcher Zeit gehabte intervallum ganz unstreitig, oder, wie Iustinianus in *L.* 6. *C. de Curatore furiosi* redet, perfectissimum, und nicht eine blosse modica intermissio, oder secundum *L.* 18. §. 1. *de acquirenda vel amittenda possessione* ein conspectus inumbratæ quietis gewesen, vide *Meditat. ad π. Spec.* 347. *de Curatore furiosi, medit.* 3. gleichwol die oben weitläuftig angeführte Umstände kein solches per-

perfectissimum intervallum, sondern vielmehr das Widerspiel ans den Tag legen; So ist das Niddaische Testament nach der Billigkeit, den natürlichen, allgemeinen Kayserlichen, und insonderheit den Chur-Sächsischen Rechten, da die in dem letzteren *part.* 3. *Const.* 5. gesetzte requisita hier durchgehends mangeln, vor unrichtig und nichtig zu erkennen.

XX.

Vitia testamenti visibilia missionem heredis instituti in possessionem hereditatis impediunt, non invisibilia.

XXI.

Præteritio liberorum olim vitium invisibile fuit, sed per Novellam 115. *visibile factum est.*

XXII.

Liberi tamen, quibus aliquid quocunque modo est adscriptum, præteriti non censentur, sed, herede in possessionem misso, actionem suppletoriam instituunt.

Invisibilia testamenti vitia missionem heredis scripti in possessionem rerum hereditariarum non impediunt. Exempla huiusmodi vitiorum invisibilium recensentur in *L.* 2. *C. de Edicto D. Adriani*, atque inter ea hoc etiam, si quis se filium defuncti præteritum esse allegat. Contra *Menochius in Remedio* 4. *adipiscendæ possessionis n.* 729. præteritionem liberorum inter vitia visibilia refert, atque *n.* 730. *sq.* obstantem istam L. 2. ut cum opinione sua conciliet, de casu, quo ipsa filiatio dubia sit longamque probationem desideret, explicat. At ego Alexandrum, auctorem legis, etiam tunc, quum filiatio in continenti liquida esset, tamen heredem scriptum ad possessionem admittere voluisse, dico. Lex nempe illa lata & *Codici nostro* inserta est eo tempore, quo liberorum præteritio testamenta nondum nulla efficiebat, sed liberi præteriti querelam inofficiosi instituere atque secundum *L.* 28. *C. de inofficioso testamento* probare de-

 bebant,

bebant, quod obsequium debitum iugiter, prout ipsius naturæ religio flagitet, parentibus adhibuerint. Hæc probatio sine dubio altioris indaginis erat, atque adeo, antequam perageretur, scriptis heredibus possessionem auferre non poterat, per claram *L.* 2. *C. de Inofficioso testamento.* At post *Novellam* 115. *c.* 3. §. *ult.* per quam præteritio liberorum testamentum parentis nullum reddit, res aliam faciem induit, atque hæc præteritio visibile vitium esse & missionem heredis scripti in possessionem hereditatis impedire cœpit, & adhuc hodie impedit. Vera tamen præteritio sit oportet, non apparens saltem. Oblatum est Præsidi ante aliquot menses testamentum, in quo pater sic scripserat: Filius meus domum, supellectilem, paratam pecuniam & agros præcipue habeto, cetera cum filiæ meæ defunctæ liberis divido. Filius possessionem hereditatis ex *L. ult. C. de Edicto D. Adriani* petit. Contradicunt nepotes ex filia, atque vitium præteritionis tanquam visibile testamento obiiciunt, nihil, si domus, supellex, agri, parata pecunia præcipiantur, superfuturum dicentes. At ego præteritos nepotes fuisse non puto, sed heredes institutos eo ipso, dum filius hereditatem cum iis dividere iussus fuit, credo. Nam, ut Præses in *Specimine CCCLVI. de Liberis heredibus instituendis, med.* 2. ostendit, pater liberorum mentionem faciens, atque eis aliquid adscribens heredis titulo id fecisse semper intelligitur. Nec obstat, quod post res filio prælegatas nihil superfuturum esset. Nam primo hoc altioris indaginis erat, deinde in *L.* 36. *pr. C. de inofficioso testamento* testamentum, in quo filius in re certa heres institutus est, tametsi tota hæc res evicta fuerit, sustinetur, & alia res vel pecuniæ restitui iubentur. Ergo actio suppletoria etiam tunc, quum nepotes nihil ex divisione consequuntur, locum habet. Simile prorsus exemplum ex responso,

ſponſo, quod Præſes menſe Iunio anni CIↃ IↃ CC XXX. exaravit, adiiciam: Wird zu wiſſen verlanget, ob das von Johann George Scholtzen und deſſen Ehe-Frauen gerichtlich errichtete Teſtament ſub A. ſowohl gleich Anfangs beſtanden, als noch jetzo beſtehe. Nun erſcheinet aus den Worten gedachten Teſtaments deutlich, daß Scholtze keine bloſſe diviſionem paternam machen, ſondern über ſein ganzes Vermögen ein richtiges und ordentliches Teſtament verfertigen, ſeinen Sohn Johann Georgen nebſt der Frauen zum völligen Erben einſetzen, und der Enkelin allein 15 Reichs-Thaler verlaſſen wollen. Es gewinnet alſo das Anſehen, ob ſey dieſe Enkelin ſich darüber, daß ſie in ſolchem Teſtamente enterbet, zu beſchweren, und gedachtes Teſtament als null und nichtig anzufechten, und umzuſtoſſen wohl befugt. Alldieweil aber ein Teſtator bey der Erb-Einſetzung ſich des Worts Erbe præciſe zu bedienen nicht ſchuldig, ſondern auch zweydeutige Worte brauchen kann, welche in dubio dergeſtalt, damit der letzte Wille bey Kräften bleibe, zu erklären, und von der heredis inſtitution zu verſtehen ſeynd, wie denn inſonderheit das Wort legitima ſowohl nach den Sächſiſchen, in *Conſtit. Elect.* 9. *Part. III.* als gemeinen Reichs- und Kayſerlichen Rechten, arg. *Nov.* 115. *cap.* 5. und *L.* 120. *de Verbor. ſignif.* adde *Meditat. ad ff. Specim.* 356. *de liberis hered. inſtit. Medit.* 2. 3. 4. 5. eine Erbeinſetzung in ſich begreift, und denn die in Scholtzens Teſtamente befindliche Worte: Groß-Vater- und Groß-Mutter-Theil; eben ſo viel, ja mehr als legitima, heiſſen, demnach ſonder Zweifel eine Erbeinſetzung involviren, darwider nichts thut, daß der Enkelin unter dieſem Titul nur 15 Reichs-Thaler verlaſſen, und dem Sohne als Vniverſal-Erben, ſolche heraus zu geben, blos anbefohlen worden, indem ja ſolches den Eltern in der *Nov.* 115. *c.* 5. verbis: *etiamſi certis rebus iuſſi fuerint eſſe contenti;* ausdrücklich verſtattet wird; So iſt das beygelegte Teſtament ſub A. für ein richtiges und vollgültiges Teſtamentum ſowohl Anfangs als jetzo zu achten.

COROLLARIA.

1. An non interdictum quorum bonorum iure Saxonico novo sublatum est? Ita videri poterat per die erläuterte *Proceſs*-Ordnung im Anhange §. 1. qui processum summarium penitus abrogat. Sed in hac nova lege claris verbis ab abrogatione excipitur processus possessorius, non summariissimus saltem, sed ut ex sequente §. 20. apparet, etiam possessorius ordinarius, atque hic a petitorio distinguitur, ut adeo dubium non sit, quin apud Saxones quoque heres aperto iure nitens possessionem confestim persequi, & contradictores intricatioribus exceptionibus utentes in separatum iudicium reiicere queat.

2. Remedium *L. ult. C. de Edicto D. Adriani toll.* etiam legatariis dari, iam diu ostendit *Praeses in Specim. ad π. CCCLXXXI. de Actionibus ex legato, medit.* 4.

* * *

Te sacer, ad gelidas docti qui considet Albis
Vndas, pieridum laudat amatque chorus.

CALMANNO SVO

Inter commilitonum plausus disputanti gratulatur

PRAESES.

SPE-

SPECIMEN DI.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIII. TIT. X. sq.

DE
VIIS PVBLICIS.

I.

Interdictum, ne quid in via publica fiat, adhuc hodie populare est.

II.

Datur tunc, quum via publica aedificando arctior reddita est, tametsi actor, sua peculiariter interesse, non doceat.

III.

Datur non solum ad opus futurum inhibendum, sed & ad perfectum iam tollendum.

IV.

Datur etiam contra ecclesiam & pium locum.

V.

Locum quoque habet in viis vicinalibus.

Nunquam ego cum illis sensi, qui actiones populares in fora Germaniae receptas negant. Vtilissimae illae sunt, tunc maxime, quum bonum publicum vertitur, atque magistratus, qui ex officio intervenire debebat, segnior est. Exempli loco interdictum ne quid in via vel itinere publico fiat, memorabo. Hoc interdictum populare est per *L.* 2. §. 34. *Ne quid in loco publico*, & da-

tur, quando alter opere suo viam deteriorem, verbi gratia, ex latiore angustiorem, reddit, *d. L.* 2. §. 32. Tunc ergo unusquisque ad agendum admittitur, quamvis sua peculiariter interesse non doceat. Nec obstat §. 8. *d. L.* ubi tuendus is, qui in loco publico quid facit, dicitur, si nemo damnum sentiat. *Hic* §. enim ad interdictum ne quid in loco publico pertinet, non ad interdictum ne quid in via vel itinere publico, quippe, in quo id solum spectatur, ne via coarctetur vel deterior fiat. Et est interdictum ne quid in via publica etiam in eo melius, quod & ad restituendum opus iam factum detur, *d. L.* 2. §. 35. *&* 36. quum interdictum ne quid in loco publico saltem prohibitorium sit, nec opus iam factum tollat. Porro interdictum nostrum, quia publicam utilitatem tuetur, etiam contra ecclesiam vel pia loca datur, quippe quorum favor minor est, quam publicarum viarum, *L.* 7. *C. de S. S. ecclesiis.* Denique interdictum nostrum etiam ad vias vicinales, die Dorf-Wege, pertinet, arg. *L.* 2. §. 22. *Ne quid in loco publico* & *L.* 3. *pr. de Locis & itineribus publicis.* Omnia hæc illustrabuntur responso a ICtis Vitembergensibus mense Febr. anni CIϽ IϽ CC XII. exarato: Haben die Kirchen-Väter zu Krotschendorf bey Setzung einer neuen Dielewand an des Schulhalters Garten, die alte Forme derselben nicht in acht genommen, sondern sie 3½. Ellen auf die Gasse herausgerücket, und also diese ziemlich geschmälert. Entstehet demnach die Frage, ob der Nachbar, Namens Holstock, die Kirch-Väter, daß sie auf eigene Unkosten die Dielewand wieder in den vorigen Stand setzen, vermittelst dies falls angestellter Klage zwingen könne. Ob nun wol das privat Interesse, welches Holstock hierbey zu haben vorgiebt, nicht eben allzu sonderlich gegründet zu seyn scheinet, gestalt es sich denn bey der gemachten Probe, daß durch den übergelassenen Raum ein Baum von 40 Ellen ganz wohl angeführet werden könne, gezeiget, hiernächst, und wenn auch gleich der Raum nicht zulänglich wäre,

die

die Anfuhre dennoch von hinten zu geschehen könnte, ferner der durch die Dielewand eingenommene Platz der Kirche und der darzu gehörigen Schule zu Gute kommet; Dennoch aber und dieweil dem ganzen gemeinen Wesen daran gelegen ist, daß die öffentliche Wege, worunter auch die viæ rusticæ zu rechnen seynd, in eben solchem Stand, worinnen sie bisher gewesen, erhalten werden, diesemnach einem jedweden frey stehet, wider denjenigen, welcher entweder durch neu aufgerichtete Gebäude, oder Erneuerung der alten, die Wege verschlimmert und enger macht, Klage anzustellen, und ihn, den Weg wieder in vorigen Stand zu setzen, anzuhalten, da zumal in gegenwärtigem Falle nicht einmal auctoritas magistratus inferioris, vielweniger principis, dessen Consens doch bewehrte Rechts-Lehrer pro forma erfodern, darzu gekommen, sondern der Bau lediglich von den Kirch-Vätern und Pfarrer unternommen worden, immassen auch favor ecclesiæ und scholæ so weit, daß anderer Leute ihr Recht geschmälert werde, nicht zu erstrecken ist; So erscheinet dannenhero so viel, daß Holstock, welcher doch bey dieser Sache das meiste Interesse zu haben scheinet, die Kirch-Väter durch angestellte Klage, die Dielewand wieder in vorigen Stand zu setzen, wol anhalten könne.

VI.

Viam publicam lapide sternere melioremque reddere etiam cum aliquo privati incommodo licet, dummodo huic nihil auferatur.

VII.

Viam et iter privatum cum incommodo domini, qui servitutem debet, lapide sternere non licet.

De viis & itineribus reficiendis duo interdicta exstant, quorum alterum de viis publicis, alterum de privatis iure servitutis concessis aigit. In utroque permittitur saltem, vias ad pristinam formam reducere, atque ad veterem altitudinem latitudinemque restituere, & districte inhibetur, eas dilatare, producere, exaggerare, terrenas lapide sternere, vel

vel in illas glaream iniicere, *L.* 1. §. 1. 2. *de Via publica & itinere publico*, *L.* 3. §. 15. *de Itinere actuque privato.* Secundum literam harum legum non licebit vias & itinera meliora, quam fuerunt, facere. At enimvero non sunt hæc tam crude accipienda, sed ex analogia iuris explicanda. Scilicet, quod ad vias & itinera privata attinet, in horum refectione eadem regula, quam Vlpianus *L.* 3. §. 1. *de Rivis* in refectione rivorum præcipit, obseruanda est, ut utilitas eius, qui servitutem habet, spectetur, & propter hanc excedere formam liceat, sine incommoditate tamen eius, cuius ager est. Dominus ergo prædii, per quod via alteri debetur, aut lapide eam sterni patiatur, aut doceat, sua interesse, ne id fiat. Id quod in viis & itineribus publicis minus dubii habet. Prohibet quidem Vlpianus in *L.* 1. §. 2. *de Via publica* simpliciter, illa lapide vel glarea sternere, sed ex ratione, ne deteriora fiant. Ergo licebit id, si per hoc aperte meliora fiant. Nec incommoditas unius alteriusve privati, qui forsan viam publicam in antiqua forma manère mallet, spectatur. Dummodo enim damnum reale ipsi non inferatur, utilitatis forsan interversæ, in quam ille ius perfectum nullum habebat, ratio haud habetur, arg. *L.* 24. §. 12. *de Damno infecto.* Sic mense Octobri anni CIↃ IↃ CC XXVI. iudicarunt ICti Helmstadienses: Daß Beklagter den verdorbenen Weg wieder in vorigen Stand zu setzen, und Klägern alle Schäden und Unkosten zu erstatten schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Das petitorium kommt auf die Frage an, ob Kläger berechtiget sey, in dem Städtgen Feeren sich des an des Beklagten Wohnung stossenden Platzes als eines Weges zu bedienen und solchen zu pflastern. Beklagter verneinet es, und wendet vor, daß niemand in loco publico zum Nachtheil eines andern Nachbars etwas thun oder ändern könne, und daß durch das neue Pflaster sein des Beklagten Ständer und Gebäude berühret auch sein Dreck- Pfuhl

Pfuhl weggenommen werden. Alldieweil aber einem jeden sich der öffentlichen Plätze in einer Stadt zum gehen und fahren zu gebrauchen, und solche dazu zu aptiren, frey stehet, auch nicht abzusehen ist, was Beklagtem durch Legung des Pflasters und Berührung seiner Ständer und Gebäude vor Nachtheil zuwachsen könne, hiernächst dieses, daß Beklagter an dem streitigen Orte bishero Dreck geholet, welches einem jeden Einwohner frey gestanden, ihm keine Servitut geben, noch ein ius prohibendi, das Dreck-Loch zu füllen oder zu pflastern, zuwege bringen können, vielmehr dem ganzen Städtgen daran gelegen ist, daß das zu seiner Unzierde gereichende und den freyen Gebrauch der Strassen hindernde Loch ausgefüllet werde; So rühret allem Ansehen nach des Beklagten Widerspruch aus einer blossen Mißgunst her, wannenhero wir denselben, alles wieder in vorigen Stand zu setzen, auch Klägern alle Unkosten zu erstatten, verdammet.

COROLLARIA.

1. Via publica inter regalia refertur a Friderico Imp. in *2. F. 56.* Atque hoc iure hodie adhuc censetur. Igitur etsi princeps alicui fundum cum omni in eum iurisdictione concesserit, iurisdictionem tamen in viam publicam, seu ius cognoscendi de criminibus in ea commissis dedisse non videtur. *Zieglerus de Iuribus maiestatis lib. 2. cap. 17. §. 30.* Deinde quum princeps refectionem viarum publice indicit, non hi saltem, qui immediate principi subsunt, sed & rustici, qui operas prædiis equestribus debent, ad refectionem istam obligantur. Dixi in *Specimine XXV. de Publicis rebus, medit. 5. 6.*

2. In Saxoniæ electoratu de iurisdictione in vias publicas singulariter in der *Resolution* und Erledigung der Gebrechen vom Jahre 1612. n. 24. constitutum est, daß unsere Unterthanen alle Händel, so sich auf denen Strassen begeben, da ihnen sonsten die Ober-Gerichte zustehen, unverhindert von unsern Amt-Leuten zu richten

Digitized by Google

haben sollen, und davon nichts ausgeschlossen, allein alle Gewalt-Sachen, Raub und Zugriffe, auch öffentliche vehdliche Thaten, welche Uns, aus Kraft derer Regalien und Fürstlicher Obrigkeit, zu richten zustehen, wollen Wir Uns gleichfalls vorbehalten haben. Privilegium hoc est magistratibus Saxonicis, non noviter tamen, sed olim iam anno 1506. a Georgio duce datum, quod commemorat *Müller in Annalibus Saxonicis ad hunc annum pag. 63.*

3. Magistratus inferiores, etiam in Saxonia, omnimodam in vias publicas iurisdictionem præscriptione adquirere possunt, non alia tamen, quam immemoriali, arg. *c. 1. de Præscript. in 6.* Vide responsum ICtorum Vitembergensium apud *Zieglerum de Iuribus maiestatis lib. 2. c. 17. §. 38.*

SPECIMEN DII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLIII. TIT. XII. sqq.

DE

IVRE AQVATICO

PVBLICE DEFENSVM

A

GODOFRED. HENRIC. ELEND

HANNOVERANO LL. C.

D. III. IVL. CIↃIↃCCXXVII.

I.

Flumina publica regalia sunt.

II.

Digitized by Google

II.

Civibus tamen provinciæ, per quam flumen decurrit, liberum in iis commercium competit.

III.

Civitates quædam vel privati, ſocietate aut pactis invicem initis, commercium in flumine publico ſibi ſolis adſcribere, & alios ab eo excludere nequeunt.

IV.

Privilegium quoque, aliis non auditis, obtentum ſub- & obreptitium cenſetur.

V.

Solus non uſus etſi per multos annos continuatus neminem a commercio excludit.

Eſt in Pomerania oppidulum quoddam, Loitſch nomine, Peenæ amni adiacens, cui commercium in hoc amne vicinoque mari exercere volenti maiores Pomeraniæ civitates litem movebant, ſibique ſolis id commercium attribuebant, partim ex privilegio principis, partim ex pacto civitatum Hanſeaticarum, quo civitates omnes, quæ fœdus Hanſeaticum non iniiſſent, a commercio aquatico excluſas aiebant. Poſt longiſſimam, quæ ultra ſæculum extracta fuerat, litem ICti tandem Helmſtadienſes menſe Iulio anni CIϽIϽCCXXIX. ſecundum oppidulum ſic iudicarunt: Daß Beklagte von angeſtellter Klage zu entbinden, und bey dem Rechte der freyen Schiffahrt zu ſchützen ſey. V. R. W. Rat. dec. Wenn wir das Recht der Natur und die vermöge derſelben einem jeden zuſtehende Freyheit,

benebst den uralten teutschen Rechten und Gewohnheiten ansehen, so ist jedermanne, sonderlich aber den Städten, als welche hauptsächlich des commercii halber aufgerichtet worden, erlaubet, zu Lande und Wasser Handel und Wandel zu treiben. Diese allgemeine natürliche Freyheit mag niemanden leichtlich ohne rechtmässige Ursach, nicht einmal a summo principe, genommen werden. Denn obgleich demselben die öffentliche Heerstrassen und schifbare Ströme unter dem Namen der Regalien attribuiret seynd, so erstrecket sich doch dieses ius regalium nur dahin, daß er den Gebrauch derselben zum gemeinen Besten reguliren, Gesetze und Ordnungen deshalben machen, ihre Aufrechthaltung, Reparation und Verbesserung besorgen, und dafür die Zölle und alle andere Landes-Fürstliche Einkünfte geniessen kann. Dahingegen würde es auf eine offenbare Tyranney hinaus laufen, wenn es diese öffentliche Heerstrassen und schifbare Flüsse ihm allein oder einigen seiner Unterthanen privative zueignen, und alle andere von deren freyen Gebrauche ohne erhebliche Ursache ausschliessen wollte. Dergleichen Verfahren würde mit der natürlichen Billigkeit und der bey Constituirung der Regalien ursprünglich geführten Intention streiten, gestalt die Landstände und Unterthanen bey Ueberlassung solcher Regalien an ihre Landes-Fürsten nicht die Meynung gehabt, sich alles dessen, was die Natur selbst einem jeden Landes Einwohner mitgetheilet, nemlich des freyen Gebrauchs der Wege und Flüsse, zu begeben, sondern nur die Direction darüber nebst den davon fallenden nutzbaren Einkünften zu Bestreitung der mit solcher Direction verknüpften onerum abzutreten. Eben so wenig seynd die Hansee-Städte oder andere privati berechtiget, vermittelst unter sich errichteter pactorum, ihnen ein monopolium auf den Flüssen und der See zuzueignen, und andere, die sich nicht in ihre Gesellschaft begeben, und ihre Versammlungen nicht besuchen, von dem Handel zu Wasser auszuschliessen. Bey solcher Bewandniß hat die beklagte Stadt Loitsch die ex libertate naturali

Digitized by Google

rali herrührende Præsumtion vor sich, daß ihr die freye Schiffahrt, auch Handel und Wandel auf den öffentlichen Flüssen zustehe, bis von dem Gegentheile erwiesen wird, daß ihr solche Freyheit entweder durch ein allgemeines Landes-Recht, oder durch ein den Klägern per modum privilegii ertheiltes ius prohibendi, oder durch eine rechtmäßig hergebrachte Verjährung genommen worden. Keines von diesen dreyen Stücken haben Klägere beygebracht. Der Klägere fundament, nemlich ein ihnen per modum privilegii ertheiltes ius prohibendi, zeiget sich nicht ex actis, und würde, wenn es auch beygebracht wäre, noch diesem starken Zweifel unterworfen seyn, ob ein dergleichen einseitig ertheiltes privilegium einem tertio, der bey dessen Auswürkung nicht gehöret worden, und dessen natürliche Freyheit dadurch gekränket wird, nachtheilig seyn könne. Endlich auf das dritte Fundament, nemlich auf die præscriptionem, zu kommen, so kommt es nicht darauf an, ob die klagende Städte das freye Commercium von undenklichen Jahren her exerciret, sondern ob sie die Beklagte, wenn diese solches gleichfalls vermöge natürlicher Freyheit exerciret, daran gehindert, diese auch dabey adquiesciret und davon abgestanden. Solches ist nun im geringsten nicht erwiesen. Vielmehr zeigen die Acta das Widerspiel, daß nemlich Beklagte nicht allein zu Unterstützung ihres freyen commercii Landesherrliche Rescripta und Befehle ausgewürket, sondern auch denenjenigen, welche wider sie ausgebracht worden, sich männlich entgegen-gesetzet, und über das freye Commercium kostbare Processe, sogar bey den höchsten Reichs-Gerichten, geführet, welche Processe denn theils wegen des eingefallenen Krieges, theils durch Veränderung der Landes-Verfassungen, theils durch andere Ursachen gehemmet worden, gestalt auch den Beklagten nicht schadet, daß sie durch die aus Krieg und Feuer herrührende Armuth bisher an Fortsetzung des commercii gehindert worden. Diesemnach haben wir Beklagte bey dem freyen commercio geschützet.

 VI.

VI.

Alveus derelictus accolis adhuc hodie cedit.

VII.

Loca vero paluſtria vacua non vicinis, ſed cuilibet occupanti cedunt.

Alveum a flumine derelictum accolis privatis tribuunt iura & Romanum in §. 23. *I. de Rerum diviſione*, & Germanicum vetus im Sachſenſpiegel, *lib.* 2. *art.* 58. *Gryphiander* tamen *de Inſulis cap.* 11. *n.* 45. alveum deſertum fiſco adſcribit ex ratione, quod is ſemel principis factus eius inviti nunquam eſſe deſinat. Sed facilis eſt reſponſio. Alveus non ſimpliciter principis eſt, ſed qua fluminis aqua per eum decurrit. Mutata ergo hac qualitate, etiam rei natura mutatur. Nec princeps hic quidpiam perdit. Adquirit enim novum alveum, quem ſibi flumen facit. Sicut vero novus hic alveus priſtini domini, quamvis inviti, eſſe deſinit, cur idem, quod Gryphiander ipſe in privato iuſtum æquumque credit, in principe iniquum eſt? Nec Gryphiandri opinionem in foro receptam puto. *Fuchſius* quidem *in Paraphraſi Inſtit. ad* §. 23. *de Rerum diviſ.* ſecundum eam in Camera imperii pronunciatum dicit, teſtemque advocat *Sixtinum de Regalibus lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 23. At Sixtinus ibi de alveo, quousque deſervit flumini publico, loquitur, de derelicto autem nec verbum addit. Igitur magis credo *Sandio Deciſ. Friſ. lib.* 5. *tit.* 2. *def.* 1. & 2. & *Carpzovio P.* 3. *Conſt.* 37. *def.* 14. qui ius ſcriptum uſu fori receptum teſtantur. Et notabile eſt, quod *Carpzovius in ſequente def.* 15. alveum derelictum tunc etiam, quum modica adhuc per eum aqua fluit, accolis attribuit. Hoc tamen ad loca paluſtria, quæ alveus fluminis nunquam fuerunt, extendi non oportet, etſi *Huberus in prælect. ad π. tit. de Acquir. rer. domin.*

Digitized by Google

min. §. 12. dissentiat. Ea enim nullius sunt, atque adeo a quolibet, invitis licet accolis, occupari exsiccarique possunt. Sic ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXVII. responderunt: Wollen Herzogliche Durchlaucht von Lignitz den von Kosten bis Arnstedt sich erstreckenden Bruech, vermittelst Abzapfung des Wassers, uhrbar machen lassen, dawider die angrenzende Unterthanen sich setzen und vorwenden, es gehöre solcher Bruech ihnen zu, entstehet also anfänglich die Frage, ob ein alveus derelictus dem Fisco anheim falle? Nun eignen zwar sowohl die Römische als Teutsche Rechte den vertrockneten Wassergang eines Flusses den daran wohnenden privatis zu, und bezeuget Carpzovius, daß diese Rechts-Verordnung annoch im Gebrauch sey, wie man denn auch an Orten, wo das Widerspiel nicht constituiret oder eingeführet ist, davon füglich nicht abweichen kann. Alldieweil aber obangezogene Rechte von fluminibus publicis handeln, also auf den streitigen Bruech nicht erstrecket werden mögen, welcher, in so weit er bisher wüste und unbrauchbar gelegen, pro re nullius zu achten ist, und demjenigen, so durch seine Mühe und Kosten ihn nutzbar machet, billig anheim fällt; So ist der Fiscus, sich besagten Brueches, in so weit derselbe bisher öde und wüste gelegen, anzumassen, solchen uhrbar zu machen und in Zukunft zu brauchen wohl berechtiget.

VIII.

Inundatio possessionem tollit, dominoque ius piscandi in agro inundato adimit.

In doctrina de inundatione ius Romanum sibi non satis constat. Pomponius in *L.* 23. *Quibus modis usufructus vel usus*, ea ipsam proprietatem amitti, sed, recedente aqua, domino restitui ait. Paulus in *L.* 3. §. 17. & *L.* 30. §. 3. *de Adquir. vel amitt. possess.* solam possessionem amitti dicit, quod & in *L.* 12. §. 2. *de Rebus auctoritate iudicis* repetit.

Adde

Adde §. 24. *I. de Rerum divis.* *L.* 7. §. 6. *de Adquir. rer. dom.* *L.* 1. §. 5. 9. *de Fluminibus.* Pugnam istam sic dirimunt communiter interpretes, ut *legem* 23. *Quibus modis usufructus vel usus* non de proprietate in se, sed de proprietatis effectibus, seu de eiusdem usu & exercitio, atque de inundatione diuturna, interpretentur, *legem* vero 3. §. 17. & *legem* 30. §. 3. *de Adquir. vel amitt. poss.* de inundatione breviore intelligant. Qua conciliatione, quum melior non appareat, tantisper contenti regulam stabilimus: Inundatione dominium quidem agri non mutatur, possessio tamen impeditur, ut dominus ne piscationem quidem in agro inundato sibi adscribere queat. Si cui tamen dissentire placet, huic leges & rationes in contrarium adferre difficile non erit. Animadverti hoc ante aliquot annos. Lacus scilicet erat in Marchia Brandenburgica, in quo dominium & ius piscandi ad oppidum quoddam spectabat. Is lacus subinde limites suos exspatiabatur, atque vicini equitis agros inundabat. Tum vero eques piscationem sibi arrogabat. Intercedebant cives. Lite in iudicium deducta, ICti Helmstadienses pro oppido, Francofurtani secundum equitem iudicarunt, & utrique deinde opinionem suam responsis datis porro firmarunt. Ego cum Helmstadiensibus sentio. Nam in *L.* 23. *Quibus modis usufructus vel usus* possessio & usufructus agri inundati ne piscando quidem retineri posse dicitur. Adsentit nobis *Seb. Medices de Venatione, Piscatione & aucupio P.* 2. *quæst.* 27. *n.* 2. atque domino stagni pisces per inundationem egressos vindicare permittit.

IX.

Dominus agri inundati tantisper, donec inundatio durat, a tributis, canone emphyteutico ceterisque oneribus realibus immunis est.

The-

Digitized by Google

Thesis hæc ex præcedente fluit. Scilicet, si inundatio diuturnior possessionem tollit, dominus agri inundati per illud tempus, quo ager aquis submersus iacet fructusque nullos fert, ad tributa, canonem emphyteuticum ceteraque onera realia præstanda compelli nequit. Hæc enim de possessionibus præstantur, & onera fructuum sunt, adeoque, deficiente possessione & fructibus cessantibus, non debentur. Dissentiunt a me *Elbertus Leoninus in L. 1. C. de Iure emphyt. n. 7.* & *Stypmannus de Salariis Clericorum cap. 8. n.* 106. 209. 210. dicuntque, dominum, quem inundatio sive naturalis sive hostilis ab usu prædii per aliquot annos exclusit, si deinde possessionem recuperet, eorum quoque annorum, quibus exclusus fuit, pensiones solvere debere. Inhumana profecto sententia, & quæ ex *L. 12. §. ult. de Rebus auctoritate iudicis* bene refellitur. Ceterum lis ista de inundationibus fluviaticis, quæ breves esse solent, rarius occurrit, frequentius autem in maritimis, quæ sæpe per aliquot annos durant, ventilatur. Sic ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃIↃCCXXVII. emphyteutam, cuius ager in Frisia orientali situs a mari inundatus & vix post biennium exsiccatus fuerat, a canone duorum annorum liberarunt: Daß vorkommenden Umständen nach der Canon von 2. Jahren der Impetratin zu erlassen sey. V. R. W. Obiiciebatur, canonem in recognitionem dominii solvi, dominium vero per inundationem haud mutari. Sed responsum est, solvi quidem in recognitionem dominii, sed tamen ex fructibus, atque adeo, his penitus interceptis, non deberi.

X.

Is, per cuius fundum flumen decurrit, nequit a vicino cogi, ut illud contra inundationes muniat.

XI.

Pati tamen in suo debet, ut alter ibi suis sumtibus ripam fluminis muniat.

Per equitis cuiusdam Marchici fundos Sprea amnis decurrit frequentibusque exundationibus non tam equiti huic, quam vicino cuidam, nocet atque aliquod eius molendinum fere inutile reddit. Facile ei malo remedium quæri potest, si scilicet eques ripam suam aggeribus muniat. At hoc ille, cuius parum interest, facere detrectat. Itaque a vicino, ut & ripam muniat, & damnum inde, quod huc usque id neglexisset, ortum resarciat, convenitur. Obstabant actori aperte iura Romana, quæ in *L.* 1. §. 23. & *L.* 2. §. 5. *de Aqua & aquæ pluviæ* negant, vicino ius esse, vicinum, ut aggeres muniat, cogendi. Obstabat ei porro, quod servitus, quæ in faciendo consistat, obtrudi nemini possit. *L.* 6. §. 2. *Si servitus vindicetur.* Obstabat denique, quod interdictum de ripa munienda non ad hoc, ut alter ripam muniat, sed ut eam in suo muniri patiatur, detur. *L. un. de Ripa munienda.* Obstabant, inquam, actori hæc omnia. Ille vero, quum in legibus Romanis nihil pro se reperiret, ad iura Germanica convolabat, ex his præsidium actioni suæ quæsiturus. Commemorabat ante omnia ius *Saxonum vetus*, cuius *Speculator lib..2. art.* 56. sic ait: Welche Dörfer mit ihrem Lande bey Wasser liegen, und ein Tham haben, der sie vor der Fluth bewahret, jeglichés Dorf soll seinen Theil des Thammes befestigen für der Fluth. Deinde testem advocabat *Mevium*, qui *P.* 4. *dec.* 138. *n.* 9. impendia in reparationem aggerum facta ab his repeti iubet, quorum est fundus atque ipse agger. Tandem Marchicis consuetudinibus hoc convenire auctore *Müllero in Resolut. Marchica* 46. *n.* 27. 28. 29. 30. 31. adfirmabat. At ICti Helmstadienses, ad quos acta hæc mense Octobri anni CIↃ IↃ CC XXV. defere-

ferebantur, ſecundum ius Romanum iudicarunt, nec iura patria cum eo pugnare crediderunt. Nam & ius Saxonicum vetus, & Mevius & Müllerus de iis aggeribus loquuntur, in quorum munitione, conſervatione & reparatione totius reipublicæ & eorum etiam, in quorum fundis illi ſunt, intereſt. Hæc munitio de iure etiam Romano locorum munus eſt, arg. *L.* 14. §. 2. *de Muneribus*, h. e. ad dominos fundorum ſpectat, adeo ut nec principis nec templorum prædia ab hoc onere immunia ſint, arg. *L.* 7. *C. de S. S. eccleſiis.* Verum de utilitate publica in caſu ſupra memorato lis nulla erat. Privatus cum privato diſceptabat. Huic nec iura Germanica ius agendi tribuunt, nec iura Romana, niſi ad hoc ſolum, ut patiatur alter, aggerem in agro eius fieri vel reſtitui, qui vicino proſit, domino autem fundi nihil noceat. *L.* 1. *in fine*, *L.* 2. §. 5. *de Aqua & aquæ pluviæ.* Adde *Noe* Meurers Waſſer-Recht in der ſiebenten *Principal*-Frage *p.* 1110. apud *Fritſchium in Iure fluviatico.* Sic itaque iudicatum fuit: In Sachen Erdmanns, Grafens von Pückler, Klägers an einem, wider Chriſtoph Erdmannen von Kottewitz, Beklagten am andern Theil, erkennet die Regierung zu Cüſtrin, &c. &c. daß Beklagter von angeſtellter Klage zu entbinden, jedoch dem Kläger zu verſtatten ſchuldig ſey, daß derſelbe das Ufer der Spree mit ſeinen Leuten und auf ſeine Koſten ohne des Beklagten Nachtheil befeſtigen dürfe. Uebrigens werden die beyderſeits verurſachte Unkoſten gegen einander aufgehoben. V. R. W. Rat. dec. Es iſt allhier die Frage, ob Beklagter die Dämme und Ufer des durch ſeinen Grund und Boden flieſſenden Spree-Stromes dem Kläger zum Beſten zu bauen und zu unterhalten ſchuldig, und, da er ſolches nicht gethan, mithin Kläger an ſeiner Mühle dadurch Schaden genommen, und den Bau auf ſeine Koſten zu thun gemüßiget worden, gedachtem Kläger ſowohl den Schaden als die verſchoſſene Koſten erſtatten müſſe. Nun meynet zwar Kläger, es ſey ein jeder den öffentlichen Strom, ſo weit er durch ſeinen Grund und Boden gehet, in gutem Stande zu erhalten

Digitized by Google

halten schuldig. Alldieweil aber nach den gemeinen Rechten kein Mensch auf dem Seinigen etwas zu thun oder zu bauen, woraus nicht er, sondern ein anderer Nutzen schöpfet, verbunden ist, und nur allein leiden muß, daß derjenige, welcher den Nutzen zu erwarten hat, solchen Bau auf seine Kosten ohne des Eigenthümers Nachtheil verrichte, wie denn so gar derjenige, welcher dem anderen eine Servitut auf seinem Grund und Boden schuldig ist, dennoch den locum servitutis zu repariren und auf seine Kosten zu erhalten nicht gezwungen werden kann, wannenhero auch das bekannte interdictum de ripa munienda lediglich dahin gehet, daß der andere die Refection nicht selbst unternehmen, sondern nur leiden solle, und denn in der Marck Brandenburg diese gemeine und der natürlichen Vernunft gemässe Rechte durch ein widrig Gesetze niemalen aufgehoben worden, hiernächst die von des Klägers Commissariis angeführte contraire Landes-Gewohnheit nicht erwiesen und von des Beklagten Commissariis in Zweifel gezogen wird, immassen denn die Exempel, welche etwan davon angeführet werden möchten, vermuthlich einen solchen casum, darunter des Publici und des Landes-Herrn Interesse versiret, betroffen, ferner das Exempel des ältern Herrn Grafens von Pückler, welcher diese Reparation ehemalen mit seinen Leuten und Materialien verrichtet, dem Beklagten zu statten kommt, und die wider ihn angeführte universelle Landes-Gewohnheit refutiret; So haben wir ihn von angestellter Klage entbunden, und nur dahin, daß er dem Kläger die ohne seinen Nachtheil vorzunehmende Reparation nicht wehre, angehalten.

XII.

Cursum fluminis ad avertendas ab agro nostro inundationes mutare & in agros vicinos cum horum detrimento derivare licet.

An

An curſum fluvii publici ad avertendas ab agro noſtro inundationes mutare, & in agros vicinos cum horum detrimento derivare liceat, quæſtio eſt non tam iuris civilis, quam naturalis & publici, prorſusque coincidit cum hac, utrum pro rebus noſtris ſervandis, ſi hoc alia ratione fieri nequeat, res alienas perdere queamus. Acriter ea res diſputata eſt Tiberii temporibus inter Romanos, Florentinos, Interamnates & Reatinos, atque tunc deciſum, nihil mutandum eſſe, teſte *Tacito Annali I. cap.* 79. Recruduit eadem lis ſub Alexandro VII. pontifice maximo. Sed neque tum quidquam mutatum fuit, ut in *Memoires de Trevoux Iuin* 1704. *pag*. 1010. 1011. refertur. Simillima controverſia inter Bononienſes, Ferrarienſes & Mantuanos circa Rhenum fluvium agitata multisque ſcriptis ventilata narratur in *Actis eruditorum anni* 1720. *pag*. 291. *ſeqq*. Ego ex regulis ordinatæ charitatis, quæ a ſe incipit, damnum a ſe in alios avertere permitto. Itaque Bononienſes, quorum agros Rhenus peſſundat, quique eum propterea in Padum derivare cupiunt, præter neceſſitatem boni ſunt, dum permiſſuros ſe pollicentur, ut, ſi quid damni ex introductione Rheni ſui in Padum ad provincias alias redundaverit, continuo iſte torrens ex Pado in perpetuum tempus rurſum excludatur.

COROLLARIA.

1. Is, in cuius fundo aggeres exſtant, ad horum, ſi vetuſtate collabantur, reparationem non aliter cogi poteſt, quam ſi totius reipublicæ interſit. Intereſt vero reipublicæ tunc, quum non unius alteriusve ex viciniſ, ſed omnium agri generaliter damnum ex inundatione patiuntur. Dixi in *Spec. CCCCXXVII. de Aqua arcenda.*

2. Molendinum ad flumen publicum in fundo ſuo exſtruere etiam ſine principis conceſſione privatus quilibet poteſt, niſi lege publica,

 qualis

Digitized by Google

qualis in terris Brunsvicensibus exstat, prohibeatur. Dixi in *Specimine CCCCXXVI. de Operis novi nunciatione, medit. 8.* Addidi vero, posse principem, qui legislatoria potestate gaudet, boni publici caussa libertatem hanc privatis adimere. Consentit per omnia mecum *Beyerus in Specimine iuris Germanici lib. 2. cap. 7. §. 3. 6.* & rectissime in §. 7. adiicit: *Ea prohibitio in dubio eo usque haud extendenda, ut usus molendinorum iam exstructorum, subditis interdictus, iique ad ea destruenda vel derelinquenda obligati videantur.*

3. Insulas in flumine publico natas principi & fisco eius vindicavi in *Specimine XXV. de Publicis rebus, medit. 4.* Nec adhuc sententiam muto, privatis tamen permitto, insulas istas occupare, si princeps iure suo non utatur, sed eas per annos aliquot, binos saltem, incultas iacere sinat, atque sic quasi derelinquat.

4. Princeps alterius principis cives a navigatione per flumina sua arcere nequit. *Constit. pacis publ. de an. 1548. §. 1. Capitulat. Caroli VI. art. 8.* Et contra impedientem in suo territorio mandata sine clausula in summis Imperii tribunalibus decernuntur. Vide *Hornii Ius publicum cap. 60. §. 18. lit. β.*

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN DIII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIII. TIT. XII. ſqq.
DE
PISCATIONE
PVBLICE DEFENSVM
AB
HENR. BALTHAS. SEELMANNO
MAGDEBVRGENSI LL. CVLT.
D. XII IVL. CIϽ IϽ CC XXVII.

I.
Piſcatio in fluminibus publicis regale eſt, in ſtagnis, rivis & vivariis non item.

II.
In his ergo ad dominum ſylvæ ſpectat, quamvis alius ius venandi habeat.

Piſcationum reditus regalibus adſcripſit Fridericus imperator 2. *F.* 56. Igitur ex philoſophia *Beyeri in Delineat. Inſtit. tit. de Iure rerum* §. 33. 34. ius piſcandi ad privatos non ſpectat, niſi ex conceſſione principis vel ex immemoriali præſcriptione ſit adquiſitum. Ratio, ob quam piſcationis reditus inter regalia referuntur, hæc eſt ſine dubio, quod ipſa maria & flumina, in quibus ea exercetur, regalia ſunt. Secus itaque eſt in ſtagnis, rivis, vivariis. Hæc ad privatos, in quorum fundis reperiuntur, pertinent, atque adeo & piſcatio in illis. Reminiſcor litem acriter aliquando ventilatam. Decurrebat per ſylvam rivus turdorum, der Schmerlinge, quos *Plinius in Hiſtoria naturali lib.* 32. *cap.* 11. inter piſces ſaxatiles nobiles refert, ferax.

rax. Eius ſylvæ dominium eques habebat, venatio in illa principis erat. Controvertebant vero inter ſe eques & ſylvæ præfectus a principe conſtitutus de piſcatione turdorum. Præfectus eam tanquam venationis, eques tanquam dominii partem ad ſe trahebat. Ego ſecundum equitem reſpondi. Certe venationis voce piſcationem non comprehendi, iam tum *Harprechtus in* §. 12. & 13. *I. de Rerum diviſ. n.* 225. *ſqq.* oſtendit. Contradiſtinguuntur illæ ſibi in *L.* 9. §. 5. *de Vſufructu.* Ergo piſcatio tanquam venationis genus principi vindicari non poterat: nec poterat tanquam regale. Nam piſcationum reditus, ut ſupra dixi, non ſimpliciter, ſed tanquam fluminum publicorum acceſſio, regalibus adnumerantur. Agnoſcit idem *Georg. Mor de Iure venandi, aucupandi & piſcandi P. I. cap.* 5. *n.* 15. & *cap.* 7.

III.

Qui ius piſcandi in parte fluminis vel ſtagni habet, eam partem retibus machinisque obſtruere, atque piſces, ne elabantur, impedire poteſt.

Equidem non ignoro, legibus multorum locorum vetari, ne flumen ſtagnumve retibus machinisque obſepiatur, atque ita exitus piſcibus intercludatur. Exſtat iſtiusmodi lex in Bavaria, ſcilicet in *Ordinat. polit. lib.* 4. *tit.* 9. *art.* 1. *ubi* das Archenſchlagen und Einlegen interdicitur. Nec nego, ſaluberrimas has leges eſſe, quum iſtiusmodi obſtructio piſcium numerum non parum imminuat, atque aquas ſteriliores reddat. Verum in præſens de iuſtitia & æquitate talis legis non diſputamus, ſed quærimus, quid iuris ſit inter vicinos populos aut principes, qui legem nullam aquaticam agnoſcunt, aut etiam inter cives eiusdem provinciæ, in qua obſtructio fluminis aut ſtagni non eſt vetita. Tunc eam cuilibet, qui ius piſcandi ſolus habet, permitto, nec vicinos, quibus per eam lucrum aufertur, contradicendi facul-

Digitized by Google

facultatem habere, existimo. Rem optime explicuerunt ICti Helmstadienses in responso mense Maio anni CIƆIƆCCXXIII. exarato: Haben die Fischer einer gewissen Land-Stadt in einem bey der Stadt liegenden See, worauf dieser Stadt die Fischerey zustehet, den Eingang des durch solchen See fliessenden Stroms dergestalt mit grossen Körben und Netzen umsetzet, daß die Fische keinen freyen Gang behalten, sondern nothwendig in beregte Körbe und Netze fallen müssen, wodurch die Fischerey sowohl an und vor sich ruiniret, als der Fischer des Land-Drosts, welchem die Fischerey in dem Strom vermöge seines Amts gebühret, ausser Stand gesetzet wird, die versprochene Pension zu zahlen; wannenhero anfänglich die Frage entstehet, ob die Stadt-Fischer solches zu thun berechtiget seynd. Nun scheinet ihnen zwar das Interesse publicum im Wege zu stehen, indem dem ganzen gemeinen Wesen daran gelegen ist, daß die Fischereyen durch gänzliche Erschöpfung der Fische nicht ruiniret werden. Ueberdies, und da die Fischerey auf dem Strom dem Amte des Land-Drostens als ein emolumentum annectiret ist, so gewinnet es das Ansehen, ob könne auf Seiten der Stadt oder ihrer Fischer nichts, wodurch solches emolumentum einen Abbruch leidet, vorgenommen werden. Alldieweil aber der Stadt die Fischerey auf dem See ganz allein, mithin auch das Recht, alle darinn befindliche Fische wegzufangen, und sich zu dem Ende aller in Rechten nicht verbotenen Mittel zu gebrauchen, zustehet, und denn die Umsetzung mit Körben und Netzen unsers Wissens nicht verboten, auch sonsten eine in Rechten ausgemachte Sache ist, daß derjenige, welcher sich seines iuris bedienet, dem andern, welchem dadurch ein Vortheil entzogen wird, kein Unrecht thut, *L.* 24. §. 12. *L.* 26. *de damno infecto*, *L.* 55. *de Regulis iuris*, hiernächst, und wenn nur die junge Brut nicht hinweg gefangen, sondern gelassen wird, eigentlich nicht gesaget werden kann, daß die Fischerey ruiniret werde, ferner dem Land-Drosten hinwiederum seines

Orts frey stehet, den Strom, auf welchem er die Fischerey hat, mit Netzen und Körben zu umsetzen, und die Fische, welche sonst in den See hinein giengen, wegzufangen, übrigens gleichmäßige Exempel auch in grossen schifreichen Flüssen vorhanden seynd, daß selbige zum Nachtheil der Nachbaren umsetzet, und die Fische also aufgefangen werden, inmassen solches durch den bekannten Lachs-Fang bey Dessau auf der Elbe geschiehet; So seynd die Stadt-Fischer den Eingang des in ihre See fallenden Stroms zu umsetzen wohl befugt gewesen. Opposuit huic responso amicus quidam, ICtus eximius, auctoritatem Sebastiani Medices, Georgii Mor, Sebastiani Khraisseri, & Godofredi Christiani Leyseri. At ego in nullo horum auctorum quidquam, quod meam sententiam refelleret, inveni. *Medices de Venatione, piscatione & aucupio Part. 2. quæst.* 29. hoc saltim ait, conductorem piscationis non posse evacuare piscinam. Id eo non nego. Conductoris enim officium est, ne deteriorem reddat rem conductam, neve exhauriat. *L.* 25. §. 3. *Locati.* Mihi vero hic de ipso domino, non de conductore sermo est. In Moro locum mihi contrarium investigare non potui. *Khraisserus in Comment. ad supra memoratum Ordinat. polit. Bavaricæ locum* de iure non communi sed Bavarico agit, atque vicinos Bavariæ populos ab hoc piscandi genere non abstinere fatetur. Denique *Leyserus in Iure Georgico lib.* 3. *c.* 14. *n.* 46. lege Saxonica caveri, ne cataractæ die Wehr in usum molendinorum penitus claudantur, sed piscibus liber transitus pateat, dicit, quod itidem ad nos non pertinet.

IV.

Is, qui ius piscandi in flumine habet, nihil piscationis caussa facere potest, quod liberæ navigationi noceat.

Hanc

Digitized by Google

Hanc thesin satis illustrabit responsum a ICtis Helmstadiensibus mense Maio anni CIƆIƆCCXXIII. exaratum: Hat der Rath einer gewissen Land-Stadt in einem bey ihrer Stadt befindlichen See einen Schlag-Baum am Eingange des durch solchen See fliessenden Stroms setzen lassen, und will solchen, der von dem Gouverneur Titio geschehenen Erinnerung ungeachtet, nicht wieder wegnehmen, wannenhero zu wissen verlanget wird, ob gedachter Gouverneur befugt gewesen, diesen Schlag-Baum wegzuhauen, oder aber nicht vielmehr, dies zu verfügen, höhern Orts suchen sollen. Nun schützet zwar der Stadt-Rath vor, es gereiche dieser Schlag-Baum dem publico nicht zum Nachtheil, sondern sey lediglich zum Besten der der Stadt in dem See zustehenden Fischerey und zur Verhinderung, daß die Fischer des Raths und des Gouverneurs, welchem letztern die Fischerey in dem Strom zustehet, einander nicht zu nahe kommen, angesehen, folglich sey der Gouverneur nicht berechtiget, seines mit unterlaufenden Interesse halber in propria caussa Richter zu seyn, und sogar ohne Vorwissen der höhern Obrigkeit Gewalt zu gebrauchen. Alldieweil aber eine benachbarte See-Stadt sich verschiedentlich wegen der ihren Schiffern und Bürgern aus Legung dieses Schlag-Baums in ihrer Schiffahrt entstehenden Hindernisse beschweret, solche Beschwerung auch, welches wir zum voraus setzen, wohl gegründet ist, und denn einem privato nicht frey stehet, das geringste in einem schifbaren Flusse zum Nachtheil der Schiffahrt vorzunehmen, *L. 1. §. 12. sqq. de fluminibus, ne quid in flumine publico, ripave eius fiat, quo peius navigetur*, oder auch dergleichen in dem Teiche oder Graben, wodurch der schifbare Fluß fliesset, zu thun, *L. 1. §. 8. eodem*, dieses auch heut zu Tage so viel wenigern Zweifel hat, da die schifbare Flüsse ad regalia gerechnet werden, bey welcher Bewandniß dem sonder Zweifel von dem Landes-Herrn zu Beobachtung seiner hohen iurium gesetzten Gouverneur obgelegen, sich der ihm zu Handhabung seines Amts

zustehenden Mittel zu gebrauchen, und den schädlichen Schlag-Baum weghauen zu lassen, auch unnöthig gewesen, sich dieserhalb vorhero höhern Ortes zu melden, nachdem alles auf die Erhaltung des Interesse publici angesehen, und des Gouverneurs privat Interesse entweder gar nicht oder doch nur wenig und sehr indirecte dabey versiret; So ist der Gouverneur Titius den Schlag-Baum, ohne sich vorher höhern Orts deshalb zu melden, weghauen zu lassen wohl befugt gewesen.

V.

Is, qui ius piscandi intuitu certi prædii habet, ex alio prædio piscari nequit.

Ingens in Pomerania lacus est, quem das Woitschwein vocant, & in quo equestria quædam prædia ius piscandi communiter habent. Ex istis prædiis unum a lacu dissitum non ita commode, ut cetera, piscabatur, quum piscatores eius, antequam ad lacum pervenirent, viam longiorem emetiri atque non in terra sed in scaphis consistentes piscari necessum haberent. Opportune prædii istius remotioris dominus aliud prædium lacui proxime adiacens possidebat. Sed cui ius piscandi non competebat. Ille tamen piscatores in eo alebat, qui primo mane ad lacum præsto esse & ex terra piscari poterant. Intercedebant ceteri consortes, atque piscatores pignoribus captis a piscando arcebant. Ille vero se iure suo uti, contendebat, atque piscatores hos, quos in alio prædio morari non negabat, ab eo tamen prædio, cui ius piscandi competebat, denominabat, argumentum etiam ex *L. 4. de Instructo vel instrumento* ducebat, in quo sic Iavolenus: *Quum quidam duos fundos functos haberet, & ex altero boves, quum opus fecissent, in alterum reverterentur, utrumque fundum cum instrumento legaverat. Labeo, Trebatius, boves ei fundo cessuros putant,*

ubi

ubi opus fecissent, non ubi manere consuevissent. Sed ICti Helmstadienses mense Septembri anni CIↃ IↃ CCXXVI. adversus illum iudicarunt. Reliquorum scilicet consortium intererat maxime, ne alter ex viciniore prædio piscaretur, atque sic frequentiore & faciliore captura numerum piscium imminueret. Igitur iuste intercedebant. Cui enim ius aliquod intuitu certi prædii concessum est, hoc ex alio prædio exercere nequit. *L. 29. L. 5. §. 1. de Servitut. præd. rust.* Vide simile exemplum in *Specimine meo CVIII. de iure pascendi, medit. 7.* Sed adiiciam verba sententiæ: Daß Kläger in dem Besitze des Fischens auf dem Woitschweine mit der Klippe oder sonst nach seinem Belieben, jedoch nur von Silligsdorf aus, zu schützen, hingegen der Fischerey von Braunsberg aus sich zu enthalten schuldig. V. R. W. Rat. dec. Obwol Kläger sonder Zweifel in dem Besitze des Fischens auf dem Woitschweine ist, solcher ihm auch von den Beklagten ausser dem Braunsbergischen ad petitorium gehörigen Districte nicht gestritten, sondern nur mit gewissen Schranken und Modificationibus circumscribiret wird, folglich es das Ansehen gewinnet, ob hätten die Beklagte dem Kläger durch die übernommene Pfändung und Verweigerung die Pfande zu restituiren offenbares Unrecht gethan, und wären dahero zu Erstattung aller Schäden und Unkosten, und Erlegung einer fiscalischen Geld-Strafe, ingleichen den Kläger nach seinem Belieben auch von Braunsberg aus in Zukunft fischen zu lassen, zu condemniren gewesen; Alldieweil aber Kläger die Fischerey auf dem Woitschweine, es mag ihm solche tanquam domino in re communi oder tanquam mutua servitus zustehen, lediglich in Ansehung des Guthes Silligsdorf besitzet, also keinesweges von dem näher gelegenen Guthe Braunsberg aus exerciren kann, als welches zu mehrerer Beschwerung der gemeinschaftlichen Fischerey und zum Nachtheil der Beklagten gereichen würde, gleichwol er selbst fol. 140. gestehet, daß seine Fischer sich zu Braunsberg aufgehalten,

Digitized by Google

und von ihm nur pro forma Silligsdorfische Fischer genennet werden, hiernächst Beklagte auch hin und wieder in actis anführen, daß er von dem Braunsbergischen Lande aus fische und darzu die Klippe habe, und denn dieses Befugniß ihm nicht zustehet, sondern er die Fischerey dergestalt, als ob er Braunsberg gar nicht inne hätte, exerciren muß, so haben wir ihn zwar in dem Besitze des Fischens nach seinem Belieben, jedoch nur von Silligsdorf aus, geschützet.

COROLLARIA.

1. In agro per flumen aut stagnum inundato piscatio non ad dominum agri, sed ad eum, qui ius piscandi in flumine vel stagno habet, pertinet. Dixi in *Specimine praecedente de Iure aquatico, medit. 3.*

2. Magna est controversia, an is, qui in diverticulo fluminis publici solus per longum tempus piscatus est, alios excludere queat. Negat Papinianus in *L. 45. pr. de Vsurpationibus,* ait Marcianus in *L. 7. de Diversis temporalibus praescriptionibus.* Conciliationes harum legum variae adferuntur, ex quibus nulla satis placet. Optima est, ut dicas, per hoc, quod quis solus piscatus fuit, alios non excludi, nisi piscans simul alios piscari in eodem loco volentes prohibuerit, atque ita ius prohibendi adquisiverit.

3. Poena in fures piscium *articulo 169. Constitutionis criminalis* multisque legibus provincialibus statuta etiam ad fures cancrorum recte extenditur a *Carpzovio in quaestione criminali 84. n. 94.* Ad regulam iuris, quod in poenalibus benignius interpretandum sit, *L. 155. §. 2. de Regulis iuris,* in conflictu respondebitur.

4. Du-

Digitized by Google

4. Dubitat *Beyerus in Delineatione Institutionum tit. de Iure rerum §. 34. & 35.* an quis ius piscandi in flumine publico per præscriptionem immemorialem adquirere, eaque se contra principem tueri queat. Nos aientem sententiam contra Beyerum tuebimur, ex iisdem rationibus, quæ in *Specim. CCCCXLI. de Venatione, medit. 7.* adlatæ fuerunt.

5. Quod *Strykius in Examine iuris feud. cap. 9. quæst. 29.* cum multis aliis ait, regalia in dubio privative concessa censeri, atque adeo principem simul cum eo, quem de regali investivit, hoc exercere non posse, æquum est, atque etiam in iure piscandi locum invenit. Quare mense Aprili anni CIↃIↃCCXXIII. privatim consultus respondi: Daß ein mit dem Rechte auf der Elbe zu fischen beliehener Vasall solches Recht, so weit seines Guthes Grenzen gehen, privative habe, und die daselbst fischende Herrschaftliche Amts-Fischer pfanden könne. Confirmatur sententia nostra in *2. F. 23.* ubi feudum censetur iure ususfructus. At usufructuarius excludit dominum ab omni usu rei.

Digitized by Google

SPECIMEN DIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIII. TIT. XVI.
DE

SPOLIO IN GENERE

PVBLICE CVM DVOBVS SEQVENTIBVS DEFENSVM
A

PAVLO GVILIELMO WEIDLICHIO
ROCHL. MISN.

D. XXI. IVL. ANNI CIↃIↃCCXXXI.

I.

Significatio vocis ſpolii inveſtigatur, & definitio adfertur.

De ſpolio accuratius paulo, quam alii ante me fecerunt, acturus ante omnia de ſignificatione vocis ſpolii ſolicitus ſum. Et primum quidem eam inveſtigabo, quæ in bonis auctoribus Latinis reperitur. *Servius in Comment. in Virgil.* ſpolium eſſe ait, quidquid hoſtibus detrahitur. Et eſt hoc quidem ſine dubio ſpolium, ſed non unice. Rectius & ex mente veterum auctorum ſpolium definiiſſet Servius rem mobilem, quæ alteri, etiamſi hoſtis non ſit, vi aufertur. Sic *Cicero pro Sex. Roſcio,* ſpoliorum cauſſa hominem occidere, *pro Cornelio,* ſpolia de fœderatis, non de hoſtibus, trahere, *lib.* 3. *Officiorum,* aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes augere, dixit. Nec hominibus ſaltem auferuntur ſpolia, verum animalibus quoque. Ita *Lucretius lib.* 5. ferarum ſpolia, *lib.* 4. ſerpentum ſpolia, *Ovidius lib.* 3. *metamorph.* leonis ſpolium, & *lib.* 4. memorabile ſpolium monſtri viperei commemorant. Quin vox hæc nonnunquam ad res inanimatas trahitur. *Cicero pro Milone,* cadaver imagini-

ginibus ſpoliare, *Lucanus lib.* 3. templa triſti rapina ſpoliare, *Virgilius lib.* 5. *Aeneid.* aras ſpoliare, & *Lucanus lib.* 3. ſylvas robore ſpoliare dicunt. Verum ab hac ſignificatione, priſcis auctoribus uſitata, recedunt paululum iurium, inprimis canonici auctores & commentatores, atque vocem ſpolii non de re ſaltem, quæ aufertur, ſed frequentius de ipſo actu ſpoliationis uſurpant, & ad res qualibet, immobiles quoque & incorporales, extendunt. Quodſi itaque ex uſu ICtis familiari definiendum eſt ſpolium, appellabis id actum illicitum, quo poſſeſſio aliena ſive rei mobilis, ſive immobilis, ſive iuris, quocunque modo intervertitur.

II.

Spolium committi poteſt, quamvis poſſeſſor non eiiciatur, ſed res eidem relinquatur.

III.

Adprehenſio compoſſeſſionis ſpolium eſt.

IV.

Introductio ſimultanei religionis exercitii in templa a diverſæ religionis hominibus ſolum poſſeſſa ſpolium eſt.

Spolium, ut dixi, eſt interverſio poſſeſſionis alienæ. Poterit tamen contingere, ut quis in poſſeſſione quidem relinqui videatur, nec vim ullam externam patiatur, atque tamen ſpolietur. Accidit hoc, quando quis compoſſeſſionem rei, ab alio iam ante poſſeſſæ, adprehendit. Meretur hoc iuris caput, ut paulo accuratius tractetur, quum viros etiam celebres hic falli ſubinde animadvertamus. Ipſe præſes meus, ſe olim hac in parte lapſum eſſe, ingenue mihi faſſus eſt. Rem totam, quemadmodum ex ipſo accepi, narrabo. Contigit nempe illi, quum iuvenis eſſet, atque iurisprudentiam vix primis labris deguſtaſſet, ut agnatus quidam eius ſine prole moreretur, atque prædium feudale relinqueret. Succeſſio ipſi ex lege debebatur. Sed erat alius, qui defunctum æquali ſanguinis vinculo attingebat. Eum

ille lubens secum admisisset. Hic vero præter omnem exspectationem prædium ingreditur, occupat, atque colonum iureiurando sibi obstringit. Adit eum præses, caussasque, ob quas se excludat, requirit. Prætexit alter varias, sed spem facit ineundæ transactionis. Quam spem præses diutissime sequutus animadvertit tandem, illam inanem esse, atque ius suum serio persequi constituit. Venit ad caussidicum celebrem & honoribus ornatum, consiliumque expetit. Suadet is ei, ut in compossessionem eat. Præses optime sibi consultum ratus intrat prædium, adducit homines, hosque cum colono adversarii sui simul habitare iubet. Sed nunc rectius edoctus agnoscit, se spolium commisisse, atque per hanc compossessionem non solum antiquiorem adversarii sui possessionem turbasse, sed & illum plane de ea deiecisse. Nam possessionem fundi adprehensurus etsi non omnes glebas circumambulet, si partem saltem ingreditur ea mente & cogitatione, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere, re ipsa etiam totum possidere incipit. *L.* 3. §. 1. *de adquir. vel amitt. poss.* Igitur, qui in compossessionem it, ea parte, quam possidere vult, antiquum possessorem spoliat, inciditque in pœnam *L.* 13. *quod metus caussa* statutam. Recte *Bergerus Lib.* 1. *responso* 300. *n.* 7. *Compossessio*, ait, *quæ a nonnullis statuitur, non convenit analogiæ iuris, neque aliter sustineri potest, quam si implorato officio iudicis obtenta sit.* Ex hac ratione itaque *Præses* in *Spec. XXIII. de Iure principis in res sacras & ecclesiasticas superfluas vel vacuas, med.* 3. 4. 5. introductionem simultanei religionis exercitii in templum a diversæ religionis hominibus possessum, si non violentam deiectionem, saltem turbationem prioris possessionis esse, atque adeo cum legibus pugnare, docuit. Quæ quum ita sint, rectius ICti Helmstadienses mense Maio anni CIↃ IↃ CC XX. dissuaserunt coheredi, ne in compossessionem privata auctoritate iret,

Hat der Procurator Köhne am 20. August 1714. im Namen Franz Daniel Bergens und seiner Frauen ein testamentum reciprocum, worinnen Franz Heinrich Kolbe zum einigen Erben eingesetzet, und die andere Verwandte ausgeschlossen worden, gerichtlich übergeben. Entstehet demnach die Frage: Ob des Testatoris Bruder, Conrad Berge, den Verstorbenen mit beerben, und propria auctoritate sich in die compossess der Güter unter Beyhülfe Notarien und Zeugen setzen, oder jetzo blos hereditatis petitionem anstellen müsse? Nun ist zwar jederzeit vor einem, welcher Anspruch an einer Erbschaft macht, besser, daß er statt der weitläuftigen und verdrießlichen hereditatis petition sich zuforderst mit in den Besitz der erbschaftlichen Güter zu setzen suche. Dieweil aber dennoch der in dem vermeynten Testamente benennte Erbe einmal den Besitz der ganzen Erbschaft ergriffen, und also vor den einigen Besitzer zu achten ist, folglich aus solcher possession privata auctoritate nicht gesetzet werden kann, sondern vermittelst angestellter Klage, und durch obrigkeitliche Hülfe zu Abtretung des einem andern zustehenden Erbtheils angehalten werden muß, *L. I. C. Quorum bonorum*, diesemnach die eigenmächtige Ergreifung der Compossess vor nichts anders, als eine deiectio violenta pro parte und vor ein spolium zu achten ist; So können wir Conrad Bergen nicht rathen, daß er sich eigenmächtig vermittelst Notarien und Zeugen in die Compossession der von seinem Bruder verlassenen Erbschaft setze, sondern halten vor besser, daß er hereditatis petitionem wider den Besitzer gedachter Erbschaft anstelle. Si quis tamen argumenta, quibus adprehensio compossessionis defendi queat, videre cupit, is scripta legere potest, quae Carolus, Danicus princeps, anno 1706. pro compossessione episcopatus Lubecensis tuenda edidit apud Fabrum in der Staats-Canzley *P. 10. cap.* 14.

V.

Spolium etiam in personam committitur.

Iam tum Vlpianus in *L.* 1. §. *pen. de Vi & vi armiata* interdictum unde vi etiam tribuit, qui non deiectus de possessione est, sed vinctus in ipsa possessione retinetur. Et in famoso *can. Redintegranda* 3. *cauſ.* 2. *quæſt.* 1. captivitas quoque memoratur. Quapropter recte statuimus, spolium etiam capiendo personam committi posse. Exemplum infra in *spec. DVI. de Exceptione spolii, medit.* 2. memorabo, & responso ICtorum Vitembergensium illustrabo.

VI.

Spoliator, quamvis spolium amplius non possideat, adbuc tamen de spolio tenetur.

VII.

Spoliati heredes recte de spolio queruntur.

VIII.

Hi, qui iubente magistratu suo spoliarunt, spoliatores non sunt.

IX.

Tunc tamen & pro spoliatoribus babentur, quando iussum illum falsis precibus obtinuerunt.

Ait *Mevius P.* 5. *dec.* 92. ex can. redintegranda non esse, nisi contra eum, qui rem detinet, actionem, non contra eum, qui possidere desierit. Sed quum remedium ex can. redintegranda, quod actionem spolii appellamus, ideo noviter excogitatum sit, ut, si quid veteri interdicto unde vi deerat, suppleat, eoque pinguius sit, contra rationem est, aliquid detrahi de his, quæ interdicto unde vi iam ante inerant. Interdictum vero unde vi datur adversus eum, qui vi alium deiecit, etsi ipse amplius non possideat, & sive dolo malo, sive culpa aut etiam sine culpa, possidere desierit. *L.* 1. §. 34. 35. 36. *L.* 15. *L.* 19. *de Vi & vi arm.* Consentit mecum *Zieglerus ad can. Redintegranda c.* 4. §. 6.

Ex

Digitized by Google

Ex eodem fundamento porro ſequitur, actionem ſpolii etiam ſpoliati heredibus dari. *L.* 1. §. 44. *de Vi & vi arm.* Denique ſi quis iuſſu magiſtratus ſpoliavit, contra hunc actio ſpolii non datur. *L.* 11. *de Adquir. vel amit. poſſ. L.* 167. §. 1. *de Reg. iuris*, *L.* 5. *de Vi & vi arm.* Secundum hæc, quæ dixi, ICti Helmſtadienſes menſe Septembri anni CIƆ IƆ CC XVI. iudicarunt ex his rationibus: Es wollen ſowohl Klägere als Beklagte die rationem decidendi des letzt gegebenen Beſcheides, worinnen die actio ſpolii aberkannt worden, theils darinnen, daß die Beklagte den ſtreitigen Garten zur Zeit der Kriegs-Befeſtigung nicht mehr im Beſitz gehabt, alſo actione ſpolii nicht belanget werden können, theils darinnen, daß der Klägere Vater ſolchen Beſitz bereits 2 Jahr vor ſeinem Tode verlohren gehabt, demnach beſagte Action auf ſeine Erben nicht transmittiren mögen, ſetzen. Allein unſerer Meynung nach iſt keines von dieſen beyden die eigentliche Urſache des wider die Klägere ausgefallenen Beſcheides. Denn, was die erſte betrift, ſo muß actio ſpolii, wenn man ſie gleich nicht tanquam perſonalem ex delicto deſcendentem, ſondern tanquam realem anſehen wollte, dennoch ex analogia iuris wider den ſpoliantem, der das ſpolium veräuſert, alſo zu beſitzen doloſe aufgehöret hat, und in den Rechten pro ficto poſſeſſore geachtet wird, ſtatt haben. Die zweyte vermeyntliche ratio decidendi iſt noch weniger erheblich, indem der Klägere Erblaſſer, wenn er wahrhaſtig ſpoliiret worden, zwar die Poſſeſſion des weggenommenen Gartens nicht auf ſeine Erben bringen können, wol aber actionem ſpolii, wie denn in Rechten nicht ungewöhnlich iſt, daß die Sache ſelbſt nicht auf die Erben komme, ſondern nur die daraus flieſſende Action, dergleichen Exempel in tutela, mandato, ſocietate, vorfallen; Sondern die eigentliche rationem decidendi geben der Klägere eigene Zeugen an die Hand, welche ausſagen, daß ex auctoritate des Amtmann Reichhelms der Garten an den von Hückeborn verkaufet, und der Gemeinde von dem Amte bey Strafe anbefohlen worden, das

Heu aus dem Garten wegzutragen. Dieses zeiget sattsam den Ungrund der angestellten Spolien-Klage, indem die Gemeinde darinnen, was sie mit Genehmhaltung, ja auf Befehl ihres Amtmannes gethan und thun müssen, kein delictum oder spolium begehen können. Sed tamen ultima thesis exceptionem tunc patitur, quando iussus ille falsis precibus est obtentus. Istiusmodi enim rescriptum vel mandatum spoliantem ab actione spolii non liberat. *L. 6. pr. C. Vnde vi.* Et sic ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃIↃCCXXV. responderunt: Ob wol der Amtmann die Pfändung nicht eigenmächtig, sondern auf eingeholten Befehl der die hohe Landes-Herrschaft vorstellenden Chur-Fürstl. Cammer vorgenommen; Alldieweil aber der Befehl der Chur-Fürstl. Cammer auf einseitige ungleiche Vorstellung des Amtmanns, ohne die Unterthanen dabey zu hören, ergangen, also erschlichen und ungültig ist, demnach Klägern nicht im Wege stehet; So ist die von Sempronio angestellte Spolien-Klage wol gegründet.

X.

Spoliatus restituendus est, etsi spolians ius suum manifeste probet.

Interdictum unde vi & actionem spolii tunc cessare, quum is, qui vim passus fuit, manifestus prædo, atque caussa eius, qui deiecit vel spoliavit, aperte iusta est, perhibent communiter *Menochius Remedio recup. 1. n. 113. Strauchius in Recitat. publ. ad L. 8. de Vi & vi arm. Hoppius ad §. 6. I. de Interdictis* verbis: *Licet is ab eo, in fine.* Sed hæc sententia aperte pugnat cum *c. 5. X. de Restitut. spoliat.* quod prædonem etiam restitui iubet, cum *§. 6. I. de Interdictis* & cum *L. 14. de Vi & vi armt.* Obiiciunt quidem communiter *c. 6. X. de Caussa possessionis*, ubi, si de proprietate certo constat, possessionis caussa negligi iubetur, & *L. 8. pr. de Doli mali & metus exc.* ubi dolo facere dicitur, qui petat,

Digitized by Google

petat, quod redditurus eſt. Verum is, cui verus dominus rem abſtulit, eam redditurus non eſt, quoniam dominus propter vim factam iure ſuo privatur. *L.* 7. *C. Vnde vi.* Nuper itaque multum riſi, quum forſan in manus meas incideret libellus vetus Romæ anno 1486 excuſus, ſic inſcriptus: *Tractatus procuratoris, editus ſub nomine diaboli, quando petiit iuſtitiam coram Deo. Et beata virgo Maria ſe oppoſuit contra ipſum & obtinuit. Nec non obmutuit pugna contra genus humanum.* Fingitur nempe iudicium, & in eo actor Aſcaron diabolus, reus genus humanum, rei procurator virgo Maria, iudex Chriſtus. Actionem hoc modo inſtituit Aſcaron: *Notorium eſt, dæmones, quorum nomine ago & procurator ſum, fuiſſe in plena & pacifica poſſeſſione ab annis, quorum non eſt memoria in contrarium, tormentandi & cruciandi animas morientium,* de conſe. di. IV. firmiſſime. *Nunc autem nullo ordine iuris ſervato, contra* l. 1. C. de execu. rei iudi. & II. q. VII. c. diffinitiva, *ſed pro ratione voluntatis contra* c. faciat homo XXII. & *ex abrupto ſpoliati ſumus poſſeſſione prædicta, contra* l. nullus C. de iudi. & C. unde vi l. meminerint, & ſi quis in tantam, & de reſti. ſpo. c. in litteris: *Quia igitur ſapientis eſt, primo reſtitutionem petere, ut* l. ſi qui deſtinavit ff. de rei vendi. *cum ſit cauſſa privilegiata,* de ordi. cogni. c. cum. ſuper. *Primo peto reſtitui plene & libere ad poſſeſſionem prædictam, ſicut prius: deinde procedatur in cauſſa:* C. ad l. iuliam de vi l. 1. & l. ſi quis a ſe fundum, de rei vendi. §. ordinarii de cau. poſ. & proprie. c. II. *Cum de ipſa ſpoliatione nimium doleamus. Dixit matri filius reſpiciens eam: reſponde: Mater autem turbato dixit filio: fili mi, attende: & noli ambages ſeductoris iſtius ſic audire, & eas attendere iuxta* l. proxime & quæ ibi no. ff. de his quæ in teſta. delen. *Modo adverte fili: iſte filius iniquitatis petit reſtitutionem fieri, quia ſpoliatus: mentitur tanquam mendax: iura, quæ dicunt ſpoliatos eſſe reſtituendos, loquuntur in*

reo

reo spoliato & non in actore. III. q. I. per totum & de ord. cogn. c. cum dilectus. *Sed ipse est actor*, ff. de iud. l. in tribus & de verb. sig. c. forus §. in omni. *Vide, fili, quomodo pervertit iura: falsa allegando, sicut ipse falsus est*, ff. de fal. fin. & *quia primo falsum commisit.* de peni. di. II. §. rationes. *Secundo dixit advocata: Iura, quae dicunt spoliatum primo restituendum, loquuntur in spoliato, qui possidebat bona fide & iusto titulo, non vi, non clam, non precario.* X. q. III. cognovimus. de postu c. bone. ff. de preca. l. II. de acquiren. possess. l. clam. possidere §. fi. *Iste autem Ascaron & sui socii nunquam potuerunt habere bonam fidem in re aliena possidenda: quia omnes sciunt, quod tu, fili, in sapientia formasti hominem ad imaginem & similitudinem tuam:* de peni. di. II. §. romanos: *ergo dæmon possidere non potuit bona fide & iusto titulo rem alienam* XXIV. q. II. c. si virgo, *nec præscribere. Nulla enim dierum præscriptio iuvat malæ fidei possessorem*; de re iud. c. malæ fidei possessor. li. VI. *nec præscribitur, postquam quis se noverit aliena possidere* de præscrip. c. vigilanti. *Si forsan quibusdam temporibus tormentaverint animas morientium dæmones, hoc non fecerunt de iure suo, sed tanquam ostiarii inferni, & ex mandato tuo* XXVI. q. V. nec mirum. *Ipsi vero dæmones nunquam possederunt animas defunctorum, sed tu tantum possidebas; cum ille possideat, cuius nomine possidetur*, l. quod meo ff. de acqui. pos. & extra de præscrip. c. si diligenti. *unde illa detentio animarum fuit potius facti quam iuris*, ff. de acquiren. pos. l. I. *sicut asinus possidet paleas ad mandatum domini. iuxta* no. in l. quod servus, de acquiren. posses. *Filius autem dixit: restitutionem tibi denego.* Sed satis est nugarum. Nemo non videt, virginem Mariam caussam generis humani pessime tueri & falsis argumentis uti.

XI.

Restitutio spolii tunc cessat, quando bonum publicum restitutionem impedit.

Dixi

Dixi in præcedente meditatione, interdictum unde vi & actionem ſpolii ideo contra verum dominum, etſi ius eius liquidiſſimum ſit, locum non habere, quoniam is ob vim factam iure ſuo excidat. Quodſi ergo caſus obveniat, in quo pœna iſta amiſſionis ceſſat, tunc actio ſpolii, ſiquidem ſpoliantis ius liquidum ſit, recte excludetur, atque ad hunc caſum *c. 6. X. de cauſſa poſſeſſionis* optime adplicabitur. Exemplum hoc eſto. Iodocus opus in viam publicam immiſſum habet, & ultra annum quietus tenet. Tandem civitas, cuius incolæ iſta via maxime utebantur, opus diſturbat ac ſolo æquat. Iodocus actionem ſpolii inſtituit. Nec poterat vis facta negari. Sed conſtabat in continenti, opus deſtructum partem viæ publicæ occupaſſe & deteriorem reddidiſſe. Quare quum petitorium liquidiſſimum eſſet, nec publica utilitas pateretur, ut propter vim a civitate factam via interiret, ICti Helmſtadienſes menſe Iunio anni CIƆ IƆ CC XV. actionem ſpolii repulerunt: Daß Beklagte von der angeſtellten Klage zu entbinden, Kläger auch den Graben fernerhin aufzuwerfen nicht berechtiget, im übrigen die beyderſeits verurſachte Unkoſten gegen einander aufzuheben ſeynd. V. R. W. Rat. dec. Es hat Kläger actionem ſpolii angeſtellet, und ſich über die von Beklagten gewaltſamer Weiſe geſchehene Zuwerfung ſeines Grabens beſchweret. Beklagte können des facti ſelbſt nicht in Abrede ſeyn, geben aber vor, daß ſie deſſen zur Erhaltung ihres Weges und Defenſion ihres Rechtes und poſſeſſion wohl befugt geweſen. Weil nun cauſſa ſpolii ganz unklar, ſo iſt die Biſchöfliche Regierung bewogen worden, zu beſſerer Entſcheidung der Sache auf den Beweis einiger in das petitorium laufenden puncten zu interloquiren. Solchen Beweis hat Kläger unternommen, aber es erhellet aus der Relation der Commiſſarien, daß die Gruft, worinnen der Graben gemacht iſt, ein Theil des ordentlichen Land-Weges ſey, und daß beſagter Graben dem Wege

Nachtheil bringe, auch denselben gar unbrauchbar machen könne. Bey diesen Umständen liegt die caussa petitorii und die Gerechtsamkeit des beklagten Raths am Tage, folglich haben wir nicht nöthig befunden, über der angestellten Spolien-Klage zu erkennen, sondern seynd, Beklagte völlig zu absolviren, und Klägern das Recht einen Graben aufzuwerfen, abzusprechen, gleichwol aber, da demselben zu Anstellung der Spolien-Klage einige Ursach gegeben worden, die Unkosten zu compensiren, bewogen worden.

XII.

Spoliator est, qui spolium ab aliis commissum ratum habet.

XIII.

Ratum vero habere dicitur, non qui verbis adprobat, sed qui lucrum exinde capit.

Spoliator quis esse potest, etsi nec ipse spoliarit, nec spoliationem iusserit, nec eam, dum fieret, sciverit. Ratihabitio quippe sufficit. *L.* 1. §. 14. *de Vi & vi arm.* Adde *L.* 152. §. 2. *de Reg. iuris.* Inprimis vero huc pertinet *c.* 15. *X. de Restitutione spoliatorum*, verbis: *vel spoliationem factam saltem ratam habuerit.* At vero per ratihabitionem hic non simplicem adprobationem & adsensionem intelligo, quippe quæ spoliato nocere nequit. Sed, ut Præses in *Specimine CXIII. de Noxali actione, coroll.* 1. ostendit, is demum ex delicto ab aliis commisso obligatur, qui non tam verbis, quam facto ipso id ratum habet, lucrum videlicet ex eo capiendo. Potest ergo quis factum verbis improbare & detestari, atque tamen spoliator esse. Rem exemplo illustrabo. Tutori nomine pupillorum suorum domum vindicanti exceptio spolii opponebatur, quod homo quidam se in eam domum insinuasset, eiusque compossessionem pupillorum

lorum nomine adprehendisset. Replicabat tutor, neque se neque pupillos suos id iussisse probasseve, sed hominem a vitrico pupillorum missum fuisse. Verum fraus sat manifeste apparebat. Compossessor ille aperte, se pro pupillis possidere, præ se ferebat, atque per hoc pupillis solis prodesse volebat. Nec tutor eum exire iubebat. Igitur alieni facinoris munusculum non repudiabat. Quapropter ICti Helmstadienses sic iudicarunt mense Aprili anni CIↃIↃCCXVII. Es seynd Beklagte, ehe und bevor Kläger der vorgeschützten exceptioni spolii durch Ausschaffung des in das Haus gesetzten Kerls abgeholfen, sich weiter in dieser Sache einzulassen nicht schuldig. V. R. W. Rat. dec. Es ist die exceptio spolii zu erörtern, wider welche Kläger vorschützet, es sey das Spolium, wenn es ja wahrhaftig, nicht von seinen Unmündigen, sondern deren Vater begangen worden, wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätte diese Exception gar übergangen werden sollen; Dennoch aber und dieweil Kläger sich nur hinter seiner Unmündigen Vater, der jedoch nichts in seinem, sondern alles in seiner Kinder Namen thun muß, verstecken will, woraus denn eine augenscheinliche Maliz hervorleuchtet; So haben wir zuförderst auf selbige Exception erkannt.

Digitized by Google

SPECIMEN DV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLIII. TIT. XVI.

DE

ACTIONE SPOLII.

I.

Actio spolii melior est interdicto unde vi, quod & contra tertium possessorem & contra magistratum aliasque personas, quibus reverentia debetur, detur.

Actionem spolii, quam ius canonicum introduxit, omnia quidem, quae vetus interdictum unde vi in se habebat, continere, sed tamen in quibusdam capitibus hoc interdicto meliorem esse, constat. Namque interdictum unde vi contra tertium possessorem non datur, *L. 7. de Vi & vi arm.* bene vero actio spolii, *c. 18. X. de Restitutione spoliatorum.* Deinde interdicto unde vi adversus personas, quibus reverentia debetur, locus denegatur, *L. 7. §. 2. de Obsequiis parentibus, L. 1. §. 43. de Vi & vi armata,* datur vero actioni spolii, *c. 7. X. de Restitutione spoliatorum,* ubi clericus ab archiepiscopo suo sine iudicio spoliatus restitui iubetur. Ex quo recte colligunt *Gailius lib. 2. Observ. 76. Perez ad tit. C. unde vi num. 18. Ziegler ad can. redintegranda cap. 3. §. 11.* actionem spolii civi etiam contra magistratum suum via facti procedentem dari. Et sic ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CCXXV. responderunt: Haben Sempronius und Wolgastus ihren vorgesetzten Amtmann deßhalben, daß er sie von ihren Meyer-Gütern wöchentlich 2 Tage, dem Erb-Register und ihrer bishe-

bisherigen Possession zuwider, zu dienen zwingen wollen, auch zu diesem Ende ihr Vieh gepfändet, actione spolii belanget. Entstehet demnach die Frage, ob diese Spolien-Klage Rechts befugter Maassen angestellet worden, also der Amtmann das Vieh wieder herausgeben müsse? Nun wird zwar der Amtmann der Spolien-Klage unterschiedenes entgegen setzen, insonderheit, daß das interdictum unde vi und die mit demselben übereinkommende Spolien-Klage gegen ihn als der Klägere Obrigkeit wegen des ihm schuldigen Respects keine statt finde. Es gewinnet diesemnach das Ansehen, ob habe die angestellte Spolien-Klage keine statt, und der Amtmann guten Fug, das abgepfändete Vieh innen zu behalten. Alldieweil aber die in den Canonischen Rechten und moribus gegründete actio spolii viel weiter, als das alte interdictum unde vi, gehet, auch viel grössern favorem als dasselbe hat, und so gar contra tertium possessorem statt findet, hiernächst eine Obrigkeit, welche ihre Unterthanen ohne rechtmäßiger caussæ cognition und vorhergehenden Process aus der Possession setzet, pro privato geachtet wird, und nach ausdrücklicher Verordnung der Rechte actione spolii belanget werden kann; So ist die von Sempronio und Wolgasto angestellte Spolien-Klage wohl gegründet, und der Amtmann das gepfändete Vieh wieder herauszugeben schuldig.

II.

Actio spolii famosa non est.

III.

Qui de spolio agit, circumstantias loci, temporis &c. in libello exprimere necessum non habet.

Vox spolii multis atrocior, atque, si non infamiam, saltem maculam existimationi eius, cui imputatur, inurere videtur.

detur. Igitur novi aliquos, qui propterea, quod ſpolium iis in iudicio obiiceretur, actionem iniuriarum pararunt. Sed errant. Actio ſpolii & interdictum unde vi, quæ fere conveniunt, non infamant. *L.* 13. *de Vi & vi armata.* Nam, ut *Martini in Proceſſu tit.* 11. §. 5. *n.* 27. oſtendit, ſpolium & vis etiam bona fide & ſine dolo committi poſſunt, dum quis ſcilicet ſe legitime poſſidere & rem ſuam non tam auferre quam tueri credit. Ex quo porro conſequitur, eum, qui de ſpolio agit, circumſtantias loci, temporis &c. in libello impune omittere. Hæ enim ſaltem in accuſationibus, *L.* 3. *pr. de Accuſationibus*, in iniuriarum, *L.* 7. *pr. de Iniuriis*, & aliis famoſis actionibus deſiderantur, in ceteris non item, ut plenius *Præſes in Specim. XXXVI. de Libello, medit.* 6. docuit, & ante eum *Bergerus in Supplem. ad El. Diſc. for. P.* 2. *pag.* 237. & 426. Et ſic iudicarunt ICti Vitembergenſes menſe Iulio anni CIↃ IↃ CC IX. ex his rationibus: **Obgleich Beklagte Klägern fürnemlich** exceptionem obſcuri libelli, **indem darinne keine eigentliche Zeit des begangenen** Spolii **ausgedrücket worden, entgegen ſetzen. Alldieweil aber die Ausdrückung der Zeit** nur in actionibus directe famoſis, **dergleichen aber** actio ſpolii **nicht iſt, erfodert, ſonſten aber** impune **ausgelaſſen wird; So haben wir mit Uebergehung der** Exceptionis obſcuri libelli, **auf Beſchein- und Gegenbeſcheinigung billig erkannt.**

IV.

Interdictum unde vi & actio ſpolii ad proceſſum poſſeſſorium ſummariiſſimum non pertinent.

Inter errores pragmaticorum hic ſæpenumero animadvertitur, quod poſſeſſorium ſummariiſſimum cum interdicto unde vi & actione ſpolii confunditur & commiſcetur; quæ tamen invicem ſolicite ſeparari oportet. Nempe poſſeſſorium ſummariiſſimum in locum interdicti uti poſſidetis ſurrogatum eſt, atque adeo, ſicut illud, ſaltem ad retinendam poſ-

Digitized by Google

possessionem tendit, *L.* 1. §. 1. *Vti possidetis*, ac præsentem possessorem simpliciter tuetur, quæstionemque de iustiore & antiquiore possessione, si ea altioris indaginis sit, in aliud iudicium differt. Interdictum vero unde vi & actio spolii ad recuperandam possessionem amissam datur. In possessorio summariissimo incertus possessor atque adeo periculum est, ne partes ad certamina & conflictus veniant. Igitur sine mora determinari oportet, quis possidere debeat. In interdicto autem unde vi ille ipse, qui vi deiecisse dicitur, in præsens certo possidet, atque periculum pugnæ & armorum transiit iam, nec tanta festinatione opus est, quantam interdictum uti possidetis desiderat. Neque obiici nobis potest, quod etiam in actione spolii celeriter procedatur. Fateor hoc quidem. Sed minor est hæc celeritas, quam quæ in possessorio summariissimo adhibetur. In hoc quippe rotuli testimoniorum etiam a notariis confecti admittuntur, id quod tamen in Electoratu Saxoniæ nunc mutatum est, adversarius ad examen testium non citatur, reprobatio, nisi sponte & tempestive offeratur, negligitur, appellatio & cetera remedia suspensiva reiiciuntur; quæ omnia in interdicto unde vi & actione spolii secus sunt. Pluribus hoc discrimen inter utrumque iudicium explicant *Lauterbachius in Collegio theoretico-practico lib.* 43. *tit.* 17. §. 6. & *Bergerus in Resolut. legum obstantium tit. Vti possidetis, qu.* 2. Quibus ICti Helmstadienses mense Maio anni CIↃ IↃ CCXV. adsenserunt, atque sic responderunt: Haben die Rosische Erben die ihnen von Viet Keinen vorenthaltene Aecker ohne Widerstand in Besitz genommen, bestellet, auch 4 Wochen lang ruhig behalten. Weil aber Viet Keine endlich vor den Stadt-Gerichten dieserhalb Klage erhoben, so entstehet die Frage, ob bey dem angestellten Iudicio possessorio summariissimo die Rosische Erben oder Viet Keine sich eines obsiegenden Ausspruches zu getrösten haben? Nun wendet zwar Viet Keine wider besagte Erben ein, es hätten dieselbe ihn

in

in seiner ruhigen und etliche Jahr lang auf den streitigen Aeckern exercirten Possess turbiret, und dadurch wider den *L.* 13. *Quod metus caussa* und *L. 7. C. Vnde vi* gehandelt, wannenhero er zu Abstellung des interdicti uti possidetis oder possessorii summariissimi bewogen worden, auch ein obsiegliches Urthel darinnen erhalten müste, um so viel destomehr, da einige Rechts-Lehrer mit dem *Menochio de retinenda possessione remed.* 3. *n.* 35. in den Gedanken stehen, daß auch derjenige, welcher nicht mehr im Besitze ist, sondern von seinem Contrapart gewaltsamer Weise daraus gesetzet worden, nichts destoweniger obangeführtes Remedium anstellen könne. Alldieweil aber das Interdictum uti possidetis, oder, wie es heut zu Tage genennet wird, processus possessorius summariissimus, nur demjenigen, welcher noch würklich besitzet und in seinem Besitze angefochten und turbiret wird, nicht aber dem, so die possession verlohren hat, zukommt, als welcher letztere das interdictum unde vi oder possessorium ordinarium anstellen muß, hingegen Viet Keine dadurch, daß er die Rosische Erben den Besitz der streitigen Aecker nicht allein ergreifen, sondern auch 4 Wochen lang ruhig continuiren lassen, seine vormals gehabte possess ohne Zweifel verlohren, demnach vermittelst eines remedii recuperandæ possessionis oder possessorii ordinarii solche wieder zu erlangen suchen sollen, gleichwol aber in seiner den 4ten May dieses Jahrs übergebenen Schrift n. 3. ausdrücklich bezeuget, er versire jetzo lediglich in possessorio summariissimo, dessen Eigenschaft darinnen bestehet, daß derjenige, welcher den letzten actum possessorium ruhig exerciret, in dem Besitze so lange, bis der Contrapart in possessorio ordinario oder petitorio ein anders ausgeführet, geschützet werde, wobey denn auf die vitia possessionis, ob nemlich der gegenwärtige Besitz vi, clam oder precario erhalten, gar nicht gesehen, sondern dieses alles ad possessorium ordinarium verwiesen wird; So haben die Rosische Erben bey dem angestellten possessorio summariissimo sich eines obsiegenden Ausspruches zu getrösten.

V.

Digitized by Google

V.

Quæstio spolii admisceri potest possessorio summariissimo.

VI.

Per spolium aliquando non aufertur, sed turbatur saltem possessio.

VII.

A sententia in possessorio summariissimo lata, qua simul restitutio spolii decernitur, appellari licet.

Dixi ante, possessorium summariissimum ab actione spolii penitus diversum esse, atque huic tantum viam parare. Absurdum itaque videbitur, utrumque uno libello coniungi, quum diversa & contraria petitio amborum sit. Et fateor lubens, absurdam petitionem fore, si quis dicat: peto, ut in possessione defendar, & adversarius ad eam mihi restituendam damnetur. Sed est aliquod spolii genus, quo possessio non aufertur, sed saltem turbatur. Vt ecce: possidet quis agrum, in eum alius noctu intrat, fruges demetit & avehit. Spolium frugum sine dubio commissum est, ipsius tamen agri possessio non ablata. Aliud idque frequentissimum exemplum in pignorationibus occurrit, quas qui patitur, eius possessio interpellatur quidem & turbatur, non vero aufertur, nisi post factam pignorationem quiescat atque ius suum exercere desinat. Poterit ergo, si non adquievit, possessorium summariissimum instituere, atque huic actionem spolii admiscere. Probata deinde possessione, probatum quoque est spolium, arg. *L.* 1. §. 23. *de Vi & vi armata.* Adde *Fachinæum lib.* 8. *Controv.* 9. Et iudex super utroque sententiam fert. Ita ICti Helmstadienses mense Maio anni CIↃ IↃ CC XVI. iudicarunt ex his rationibus: Es gewinnet das Ansehen, ob sey die von dem Closter eingewandte Appellation, da dessen Vorgeben nach die ICti Ienenses nicht auf das gar nicht in litem gebrachte possessorium summariissimum, sondern auf

Digitized by Google

die angestellte Spolien-Klage hätten sprechen sollen, allerdinges zulässig. Alldieweil aber die Appellation in possessorio summariissimo weder nach den gemeinen noch Chur-Maynzischen Rechten statt hat, und denn gegenwärtiger Proceß lediglich das possessorium summariissimum betrift, immassen die Partheyen eigentlich darüber streiten, wer von ihnen die letzte actus possessorios der streitigen Holzungen exerciret, wie denn auch in dem Libelle selbst über turbation der possession geklaget wird, und das vermeyntliche spolium eben der actus turbativus ist, welcher zur Anstellung gegenwärtigen Processes Gelegenheit gegeben, überdies das interdictum unde vi und die mit selbigem meistentheils übereinkommende Spolien-Klage anderer Gestalt nicht statt findet, es sey denn, daß derjenige, so spoliiret worden, seine zu Zeit des vorgegangenen spolii gehabte possession klärlich darthue, folglich das possessorium summariissimum vor der Spolien-Klage ausgemachet werden muß, und, wenn jenes nicht erwiesen wird, diese von selbst hinweg fällt; So hat die eingewandte Appellation keine statt. Vnum tamen est incommodum, quod ex huiusmodi coniunctione in victorem redundat. Scilicet appellatio & alia remedia suspensiva, quæ alias in possessorio summariissimo exulant per *L. un. C. si de momentanea possessione*, & *Ordinationem recognitam processus Saxon. tit.* 35. §. 1. tunc, quum restitutio spolii sententiæ inserta est, excludi non possunt, quia istiusmodi sententia limites possessorii summariissimi egreditur. Ita iudicarunt ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃIↃCCXXI. ex his rationibus: Es bemühen sich zwar Klägere, die Zuläßigkeit der von Beklagten wider das letzt gesprochene Urthel eingewendeten remediorum suspensivorum zweifelhaft zu machen, unter dem Vorwande, daß die Rechte dergleichen remedia in possessorio summariissimo gänzlich verbieten. Allein, da der gegenwärtige Streit nicht allein de retinenda possessione, sondern zugleich de restitutione des weggenom-

Digitized by Google

genommenen Holzes ist, und denn der punctus restitutionis eigentlich ad possessorium summariissimum nicht gehöret, folglich dieser Procefs etwas mehr, als das blosse possessorium summariissimum, betrift; So haben wir obgedachte remedia zugelassen.

SPECIMEN DVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLIII. TIT. XVI.

DE

EXCEPTIONE SPOLII.

I.

Exceptio spolii in possessorio summariissimo locum non habet.

Equidem *Mevius P.* 4. *dec.* 70. *Rivinus in Specimine exceptionum c.* 40. *n.* 2. & alii exceptionem spolii in quacunque caussa, etsi cum eadem connexa non sit, admittunt, & recte secundum *c.* 2. *pr. X. de Ordine cognitionum.* Natura tamen possessorii summariissimi exceptionem hanc respuit. Præterquam enim, quod hoc dilationes omnes, quæ modo salva caussa amputari possunt, excludat, restitutio spolii ad interdictum unde vi pertinet, cui processus possessorius summariissimus tantum viam sternit ac præparat. Præparatorium vero iudicium cum principali confundi non debet. Sic ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CC XIX. iudicarunt ex his rationibus:

Digitized by Google

Noch ist die von Beklagten vorgeschützte exceptio spolii zu erörtern. Weilen aber Kläger das possessorium summariissimum angestellet, und daß er in würklichem Besitz die Dienste zu fodern stehe, behauptet, folglich vor Erörterung dieses processus possessorii man nicht wissen kann, ob Kläger zu pfänden befugt gewesen, oder ob er ein spolium darunter begangen; So haben wir auf diese Exception kein Absehen richten können.

II.

Exceptio spolii etiam in processu cambiali locum habet.

Disputatum recordor, utrum exceptio spolii etiam in processu cambiali opponi queat. Id quod adfirmamus, quoniam secundum *c.* 2. *pr. X. de Ordine cognitionum* spoliatus ante restitutionem spoliatori non cogitur VLLATENVS respondere. Accedit, quod exceptiones dilatoriæ, si quidem in continenti probari possunt, etiam in processu cambiali admittantur. Vide *Franckii Institutiones iuris camb. lib.* 2. *tit.* 14. §. 1. *sqq.* & *Ludovici* Einleitung zum Wechsel-*Process cap.* 10. §. 2. Sic responderunt ICti Vitembergenses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CCXI. Ist Titius nebst 20 bewehrten Männern in des Fürsten zu Caietan Cammer-Gut, Tusculanum, mit Einschmeissung und Uebersteigung der Mauren eingefallen, und hat den dasigen Verwalter Seium mit würgen, schlagen, stossen, auch sonst übel tractiret, endlich aber auf einen Wagen setzen und davon führen lassen; und, nachdem er ihn in eines andern Herrn Land gebracht, allda in ein Privat-Gefängniß geworfen, von dannen er ihn nicht ehe, als bis er Titium wegen einer Schuld-Foderung, darüber dieser einen Wechsel-Brief in Händen zu haben vorgiebt, befriediget, los lassen will. Entstehet also die Frage, ob Titius hieran nicht unrecht gehandelt, und Seius zuförderst in das Gut Tusculanum wieder eingesetzet, auch, ehe solches geschehen, und ihm die verursachte Schaden und Unkosten erstattet worden, sich der Recognition des Wechsel-Briefes entbrechen

brechen könne. Ob nun wol Titius das Wechsel-Recht, vermöge dessen ihm, seinen Schuldner in Haft zu setzen, und darinnen so lange, bis er seiner Foderung halben vergnüget, zu halten vergönnet, vorschützen möchte, hiernächst die Rechte, daß ein vorgelegter Wechsel-Brief alsofort recognosciret oder endlich diffitiret werden solle, verordnen. Dennoch aber und dieweil solches Wechsel-Recht nicht durch angemaßte Privat-Gewaltthätigkeit, sondern vermittelst obrigkeitlicher Hülfe ausgeübet werden muß, dahingegen Titius ganz ohne gerichtlichen Beystand gewesen, und sich lediglich seiner eigenen Macht und unrechtmäßigen Gewalt gebrauchet, ferner ein durch einen Land-Friedens-Bruch Vergewaltthätigter, nach Inhalt der Reichs-Gesetze, vor allen andern Dingen in seinen vorigen Stand zu setzen ist, weiter spoliatus oder deiectus sich, ehe und bevor er nicht völlig restituiret, auf keine von dem violento deiectore erhobene Klage oder gemachte Foderung einlassen darf, welches allhier um so viel desto mehr, da ausser der Deiection die Incarceration darzu gekommen, statt finden muß; So ist Seius, ehe und bevor er sowohl die Restitution in das Gut Tusculan, als auch die Erstattung der verursachten Schäden und Kosten erhalten, den Wechsel-Brief zu recognosciren nicht verbunden.

III.

Exceptio spolii tunc locum non invenit, quando super spolio illo lis in alio iudicio iam pendet.

Equidem in *c. 2. pr. X. de Ordine cognitionum* exceptioni spolii tantum tribuitur, ut spoliatus ante restitutionem spoliatori non cogatur ullatenus respondere. Hoc tamen eo produci non oportet, ut, si de spolio lis iam alibi pendeat, eam per modum exceptionis in aliud iudicium trahere permittamus. Fac ergo, spoliatum actionem spolii iam tum in foro spoliantis instituisse, deinde vero ab hoc spoliante in suo foro ex diversa caussa conveniri. Numquid huic exceptionem spolii obiicere poterit? Non puto. Nihil

hil enim tam iustitiam turbat, quam si eadem caussa uno tempore apud diversos iudices ventiletur. *L. 10. C. de Iudiciis.* Quamobrem ICti Helmstadienses mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XVIII. replicam litispendentiæ adversus exceptionem spolii admiserunt ex his rationibus: Es ist zwar nicht ohne, daß die caussa possessorii vor dem petitorio ausgemachet, und ein Spoliatus, ehe er sich auf die Haupt-Sache einlässet, foderst restituiret werden müsse, und gewinnet es also das Ansehen, ob sey Beklagte, welche ohnedes in possessorio bereits obsiegliche Urthel erhalten, ehe diese zur Exsequution gebracht werden, nicht schuldig, auf das petitorium zu antworten. Alldieweil aber Beklagte selbst die caussam possessionis und spolii bey einem andern Gerichte anhängig gemachet, und vor selbiges den Procefs darinnen bisher fortgesetzet, folglich ihr, da sie die Sache per modum exceptionis hieher ziehen will, replica præventionis und litis pendentis im Wege stehet, gestalt denn dieses die limites iurisdictionis zweyer Iudiciorum nicht wenig turbiren und die Sachen confus machen würde, wenn man dasjenige, was in einem würklich ventilirt wird, in das andere zu ziehen verstattete, überdies nicht abzusehen ist, was der Beklagten daraus, wenn sie die Exsequution der in possessorio ausgesprochenen Urtheile bey dem Rathe suchet, und indessen allhier ihre Einreden gegen Johann Tengens väterliche Disposition einbringet, vor Nachtheil zuwachsen könne; So haben wir voriges Urthel bestätiget, die Unkosten jedoch, weil Beklagte in possessorio wohl gegründet zu seyn scheinet, und daher gegenwärtiges remedium einzuwenden Gelegenheit genommen, gegen einander aufgehoben.

IV.

Digitized by Google

IV.

Exceptio ſpolii pro liquida non habetur, niſi intra quindecim dies probetur.

V.

Vbi non ſufficit, probari factum ablationis, ſed probari etiam oportet poſſeſſionem ſpoliati.

VI.

Exceptio ſpolii illiquida non reiicienda eſt ſimpliciter, ſed ſimultaneo proceſſu tractanda.

Inter exceptiones frequentatur maxime exceptio ſpolii. Eam olim admiſſam fuiſſe, & litem principalem tantisper ſuſpendiſſe, ſive in continenti liquida eſſet, ſive altiorem quæſtionem haberet, conſtat ex *c.* 2. *X. de Ordine cognitionum.* Id vero deinde periniquum viſum Innocentio IV. P. M. uti re vera fuit, ab eoque in *c.* 1. *pr. de Reſtitutione ſpoliatorum in* 6. conſtitutum, ut ſpolium, ſi per modum exceptionis obiiciatur, intra quindecim dies comprobetur. Aequiſſimi huius capituli uſus adhuc hodie ſupereſt, ut fruſtra ab aliquibus in dubium vocetur. Quin in Electoratu Saxoniæ lex clara *in Ordinat. proc. vetere tit. XI.* §. 5. & *recognita* §. 3. terminum iſtum XV. dierum confirmat. Neceſſe tamen eſt, ut errorem, quem vulgus pragmaticorum circa hanc probationem ſpolii committit, detegam. Credunt nempe communiter, ſi probatio ſpolii intra 15. dies ſecundum legem exigatur, ſufficere, ut ſaltem factum ablationis probetur. Quo probato, probaſſe ſe ſpolium putant, & reſtitutionem ſine omni mora flagitant, ac iudicem, qui eam non decernit, imperitiæ aut iniuſtitiæ inſimulant. Verum enim vero, probato ablationis facto, non eſt ſtatim probatum ſpolium, ſed ad hoc deſideretur præterea, ut oſtendatur, rem, quæ ablata fuit, in poſſeſſione eius, qui ſpoliatum ſe queritur, fuiſſe. Nam ſi auferens ſe poſſediſſe dicat,

atque

Digitized by Google

atque alterum turbatorem vocet, quæstio spolii illiquida est maxime & altioris indaginis. Tunc itaque effectum suspensivum non habet. Video tamen, in eo peccari a iudicibus, quod exceptionem hanc, si ita comparata sit, simpliciter reiiciant, aut separato iudicio super ea litigari iubeant. Oportebat, illi ex mente Innocentii IV. Pontificis effectum suspensivum saltem abiudicari, disceptationem vero eius in eodem iudicio permittere atque terminare, ut saltem reconventionis vim habeat. Spolium quippe tunc etiam, quando difficilioris probationis est, hoc tamen privilegium retinet, quod caussa eius sine mora cognosci & restirutio, quam primum fieri potest, decerni debeat. Sic ICti Helmstadienses mense Decembri anni CIƆ IƆ CCXIV. iudicarunt: Daß der eingewandten Läuterung ungeachtet, das am 20. Septemb. 1714. eröfnete Urthel zu bestätigen sey, jedoch mit dieser Erklärung, daß Beklagte mit Erstattung der Unkosten zu verschonen, und die von ihnen vorgeschützte exceptio spolii zugleich nebst der Haupt-Sache auszumachen sey. V. R. W. Rat. dec. Beklagte haben sich der Einlassung auf das von Klägern übergebene Schreiben unter dem Vorwande eines an ihrem Hafer begangenen Spolii verweigert. Ob sie nun wol die Schwarzburgische Proceis-Ordnung vor sich anführen, worinnen ein Beklagter von der Litis contestation befreyet ist, wenn er exceptionem spolii vorschützet und zu deren Bescheinigung sich erkläret. Wannenhero es das Ansehen gewinnet, als ob voriges Urthel ganz geändert, Beklagte mit der Einlassung verschonet, und ihnen die Bescheinigung des angegebenen spolii auferleget werden sollen. Alldieweil aber die Bescheinigung dieses spolii viele Schwürigkeiten haben, und binnen den in Rechten gesetzten 15. Tagen nicht vollführet werden möchte, indem es eigentlich darauf ankommt, ob das Eigenthum und der Besitz des Feldes, worauf der weggenommene Hafer gestanden, Klägern oder

Beklag-

Beklagten zustehe, diese Frage aber das eigentliche Obiectum des angestelleten Haupt-Processes ist, demnach, wenn über die exceptionem spolii absonderlich verfahren werden sollte, die Sache nur weitläuftiger, und aus einem zwey Processe gemacht werden würden; So haben wir es zwar bey der erkannten Einlassung gelassen, dabey aber Beklagte von Erstattung der Unkosten befreyet, und, daß die quæstio spolii zugleich nebst der Haupt-Sache ausgemachet werde, vor billig erachtet.

COROLLARIA.

1. Is, cui res nudis verbis tradita est, eam tamen, quamdiu ab alio possidetur, privata auctoritate occupare nequit, atque, si id faciat, spolium committit, arg. *L. 48. de Adquir. vel amitt. poss. L. 20. C. de Pactis.*

2. Is, cui dominus privatam occupationem possessionis permisit, tamen spoliator est, si potestate hac, invito domino, utatur, arg. *L. 38. de Pactis.*

3. Vim etiam & spolium committit is, qui rem, absente possessore, occupat, & redeuntem possessorem non admittit. *L. 1. §. 24. L. 3. §. 14. de Vi & vi arm. L. 6. §. 1. de Adquir. vel amitt. poss.*

4. Iudicis auctoritas sine caussæ cognitione interposita spoliantem ab actione spolii non liberat, arg. *L. 4. & 7. C. de Sententiis & interloc.*

Ista corollaria omnia pluribus exponuntur a *Præside* in *Specimine CCVII. de Traditione & occupatione rei venditæ, medit. 1-5.*

Digitized by Google

SPECIMEN DVII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLIII. TIT. XVI.

DE POENIS EORVM, QVI IPSI SIBI IVS DICVNT.

I.

Is, qui ſibi ius dicit, iure, quod habuit, excidit, &, ſi nullum habuit, æſtimationem rei præſtare compellitur.

II.

Ea pœna adbuc hodie in uſu eſt.

In *L.* 13. *Quod metus cauſſa* decretum D. Marci memoratur, quo creditor rem debitoris vi privata occupans amiſſione iuris ſui punitur. Id decretum deinde productum eſt longius ad omnes eos, qui rem, quam ſuam eſſe vel ſibi deberi credunt, invito poſſeſſore auferunt, ut & hi, ſi res vere ipſorum fuerit, iure ſuo excidant, ſi non fuerit, poſt reſtitutionem, etiam æſtimationem eius dare vim paſſo compellantur. *L.* 7. *C. Vnde vi*, §. 1. *I. de Vi bonorum raptorum*, §. 6. *I. de Interdictis*. Aequiſſima hæc conſtitutio eſt, atque etiam antiquiſſimo iuri Germanico convenit, ut *Schilterus Ex.* 11. §. 13. *ſqq.* oſtendit. Vide inprimis *Speculum Saxonicum lib.* 3. *art.* 4. Confirmant eandem ius canonicum in *can.* 2. *cauſ.* 16. *qu.* 6. ius feudale Longobardicum in 2. *F.* 27. §. 2. leges Imperii in *Ordinat. Cam. Wormat. de anno* 1521. *tit.* 32. §. 2. Itaque non dubito ad illorum ſententiam accedere, qui decreti iſtius uſum hodiernum contra

Digitized by Google

contra dissentientes vindicant, quorum plurimos nominat *Suevus*, ICtus Vitembergensis, *in dissert. de Edicto D. Marci* §. 7. Adde *Bergeri Oeconomiam iuris pag.* 784. Nec exempla mihi deficiunt. Ita enim in summo tribunali Wolffenbuttelensi, & in Collegiis ICtorum Vitembergensium atque Helmstadiensium iudicatum ac responsum fuisse, constat ex *Specim. CLXXXVII. de Societate inhonesta, medit.* 2. & in *Specim. CCVII. de Traditione & occupatione rei venditae, medit.* 2. 3. Adiiciam in præsens aliud responsum ICtorum Helmstadiensium de mense Novembri anni CIↃIↃCCXX. Hat der Königl. General-Lieutenant Titus zu Lion in Caii, eines Fürstl. geheimden Raths, Haus zu Lion, wegen einer an ihn vermeyntlich habenden Foderung, eine Soldaten-Wache gesetzet, und dessen Meublen und Effecten, um sich daraus bezahlet zu machen, eigenmächtig arretiret, und entstehet nunmehr die Frage: ob er nicht seine Foderung, wenn solche gleich Grund gehabt, verlohren habe? Da nun das bekannte Decretum D. Marci, Kraft dessen derjenige, welcher sein Recht privatim und mit Gewalt suchet, der Sache oder Foderung, um die der Streit ist, sich verlustig machet, in den Reichs-Gesetzen deutlich wiederholet und bestärket, auch in den Gerichten und Collegiis nach dem Zeugnisse *Bergeri in Electis Disc. for. p.* 153. observiret wird; So muß solches auch allhier statt finden, und Titus seiner Foderung, daferne er eine an Caium gehabt, verlustig erkannt werden.

III.

Decretum D. Marci etiam eos creditores punit, qui res debitorum suorum clam furantur, & sine aperta vi per fraudem auferunt.

IV.

Item eos, qui res fidei suæ a debitoribus commissas intervertunt.

Digitized by Google

Verba decreti Marciani in *L.* 13. *Quod metus caussa* tam clara sunt, ut dubium nullum relinquere videantur. Ait Marcus: *Vis est tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit.* Atque tamen *Suevus de Edicto D. Marci* §. 19. 20. negat, decretum hoc pertinere ad eos creditores, qui res fidei suæ a debitoribus commissas repetentibus non restituunt, cui ICti Vitembergenses apud illustrem Bergerum *P.* 2. *Responso* 81. adsentiunt. Factum, quod illi referunt, tale est: Frater a vidua defuncti fratris commodato acceperat equum, nec restituerat statuto tempore, caussatus potius, quum ab ipso repeteretur equus, se esse heredem fratris, deberi sibi res expeditorias, adeoque equum hunc, quem possideret, frustra se restituere urgeri, quem mox sit recepturus. Addit Suevus: *Vidua, quum exciperet solum de spolio, in hoc quidem iuvari non poterat, cum spolium non committatur absque possessione. L.* 1. §. 9. *ff. de vi & vi armat. Equum autem ex commodato libere concesserat vidua, unde nec edicto locus erat.* Verum interversa utique fuit possessio. Dicit claris verbis Marcellus in *L.* 20. *de Adquir. vel amitt. poss.* interverti domini possessionem, quum reposcenti ei commodatum non redditur, nisi iusta & rationabilis caussa non reddendi fuerit. Hæc iusta & rationabilis caussa est, ut recte ait *Gothofredus ibi lit. X.* quando commodatarius propter factos in rem commodatam sumtus iure retentionis utitur. Quæstionem autem dominii referre, & caussam possessionis sibi mutare, est contra *L.* 3. §. 19. *de Adquir. vel amitt. poss.* atque adeo pro iusta & rationabili caussa venditari nequit. Quapropter aliter in simili caussa iudicarunt ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXIV. Hugo nempe Wiperto, qui sex millia debebat, gemmam pretiosissimam dat, mandatque, ut eam pro certa pecuniæ summa alicubi pignori opponat, eamque pecuniam sibi referat.

Wipertus

Wipertus iussa facit, sed supra summam, quæ ipsi definita fuerat, sex millia clam accipit, eaque in nomen suum imputat. Post aliquod tempus Hugo, gemmam suam longe ultra eam, quam iusserat, summam pignoratam fuisse, comperit, quæritque, quam pœnam Wipertus promeritus sit. Responsum fuit, incidisse illum in pœnam decreto D. Marci statutam, & ius crediti amisisse: Hat Hugo dem Wipert ein gewisses pretiosum um eine nahmhafte Summe Geldes zu versetzen anvertrauet, welches dieser auch gethan, aber ohne Wissen des Hugo 6000 Thaler mehr darauf genommen, um sich deren wegen einer an dem Hugo habenden Schuld-Foderung bezahlt zu machen. Woraus nachgehends dem Hugo, der wegen einer von dem Collegio im Namen des Landes-Fürsten an ihn gemachten Prætension in Verhaft gerathen, und zu endlicher Specification seines Vermögens gezwungen worden, grosser Nachtheil, Kränkung seiner Ehre und Verlust seines Credits erwachsen. Entstehet also die Frage: Ob Wipert hieran recht gehandelt? Wiewol nun Wipert zu seiner Entschuldigung vorwendet, er sey nicht zu verdenken, daß, nachdem er gesehen, wie mit des Hugo grossem Vermögen so widerrechtlich umgegangen worden, er dahin getrachtet, seine Foderung durch Aufnehmung der 6000 Thaler zu salviren. Alldieweil aber der Mandatarius, welcher mit einer ihm anvertraueten Sache anders, als ihm befohlen wird, umgehet, und etwas davon in seinen Nutzen verwendet, eine höchst-strafbare Untreue, welche in den Rechten einem Diebstahle gleich geachtet wird, *L.* 22. §. 7. *Mandati, Constit. crim. art.* 170. *Schilter. Ex.* 49. §. 51. begehet, und zu Erstattung alles hieraus entstandenen Schadens und entgangenen Nutzens belanget werden kann, *L.* 16. *C. Mandati*, hiernächst die vorgeschützte Entschuldigung Wiperten nicht zu statten kommt, indem einem Gläubiger nicht frey stehet, sich selbst bezahlt zu machen, derselbe auch das gegen Hugo und sein Vermögen vorgenommene widerrechtliche Verfahren vielmehr verhindern, als durch dergleichen

 Procedur

Procedur vermehren sollen; So mag besagter Wipert durch ordentlich wider ihn angestellte Klage zu Ersetzung alles Schadens und Nachtheils, der dem Hugo aus seinem facto entstanden, ingleichen zu Auszahlung der eingehobenen 6000 Thaler ad massam bonorum wohl angehalten werden, und hat im übrigen sich seiner Foderung, nach deutlichem Inhalte der Rechte, gänzlich verlustig gemacht.

V.

Creditor, qui non rem, sed personam debitoris occupat, ius crediti non amittit.

VI.

Lex 2. C. de Privatis carceribus *spuria est, & codici nostro per errorem inserta.*

Quum decretum D. Marci & ceteræ, quæ id confirmant & extendunt, leges saltem de pecuniis & rebus loquantur, quæsitum fuit aliquando, an pœna amissionis illis etiam infligenda sit, qui non rem sed personam debitoris comprehendunt. Et gravissimæ erant rationes eorum, qui istiusmodi etiam creditorem debitoris personam privato carceri mancipantem iure crediti excidere existimabant. Namque atrocius est sine dubio facinus, personam, quam rem capere. Atque adeo argumentum a minore ad maius hic locum invenire videtur. Deinde ratio istius decreti sine dubio est prohibitio violentiæ privatæ, quæ ratio certe & ad eos, qui personam debitoris capiunt, pertinet. Porro in *L. ult. C. de Privatis carceribus inhibendis* constitutum est, ut hic, qui alium privato carceri includit, caussam, quam habet adversus inclusum, amittat. E contra dissentientes, odia & pœnas non extendi sed restringi oportere, & benigniorem interpretationem faciendam esse, ex *c. 49. de Reg. iuris in 6.* vociferabantur. Deinde, D. Marcum in *L. 13. Quod metus caussa* pœnam amissionis non simpliciter in eos, qui sibi ius dicunt,

dicunt, ſed in hos, qui ſibi in eam rem, de qua lis eſt, ius dicant, ſtatuiſſe, urgebant. Tum ultimum ſupplicium, cui *lex* 1. *C. de Privatis carceribus* eos, qui privatos carceres exercent, ſubiungat, gravem ſatis pœnam eſſe, ut alia præterea opus non ſit, dicebant. Denique, *L.* 2. *C. de Privatis carceribus* non eſſe genuinam, nec in antiquis editionibus reperiri, ſed a Cuiacio demum ex *Baſilicorum libro* 60. qui liber ſexageſimus nec ipſe authenticus eſt *tit.* 55. ſuppletam fuiſſe, atque adeo legis auctoritatem non habere, oſtendebant. Et erravit profecto Cuiacius, ſi credidit, *legem hanc* 2. quæ aperte *legi* 1. contradicit, unquam in codice Iuſtinianeo fuiſſe. Recentior ea eſt, atque ad temperandum rigorem iuris Iuſtinianei facta. Nempe *lex* 1. ut dixi, ultimum ſupplicium ſtatuit in eos, qui privatos carceres habent. Hoc durius viſum compilatoribus *Baſilicorum*. Igitur *libro* 60. *titulo* 55. qui de privatis carceribus tollendis inſcriptus eſt, partem ſaltem *legis* 1. ex Codice Iuſtinianeo inſeruerunt, alteram vero partem, quæ de ultimo ſupplicio agit, omiſerunt, ac pro ea legem novam adiecerunt, quæ in locum mortis carcerem publicum tot dierum, quot quis privatum carcerem habuit, & præterea iuris ſui amiſſionem ſurrogat. Quamobrem ICti Vitembergenſes, his moti rationibus, ſic menſe Ianuario anni CIↃIↃCCXI. reſponderunt: Iſt Titius nebſt 20 bewehrten Männern in des Fürſten zu Caietan Cammer-Guth, Tuſculanum, mit Einſchmeiſſung und Ueberſteigung der Mauren, eingefallen, und hat den daſigen Verwalter Seium mit würgen, ſchlagen, ſtoſſen, auch ſonſt übel tractiret, endlich aber auf einen Wagen ſetzen und davon führen laſſen, und, nachdem er ihn in eines andern Herrn Land gebracht, allda in ein Privat-Gefängniß geworfen, von dannen er ihn nicht eher, als bis er Titium wegen einer Schuld-Foderung, darüber dieſer einen Wechſel-Brief in Händen zu haben vorgiebt, befriediget, loslaſſen will. Entſtehet

alſo

also die Frage, ob Titius sich durch die eigenmächtige Hinwegnehmung des Seii seiner Foderung verlustig gemachet. Ob nun wol das bekannte Decretum D. Marci, vermittelst dessen ein Spoliator oder deiector derjenigen Sache oder Foderung, um die der Streit ist, sich verlustig machet, in den Reichs-Gesetzen deutlich wiederholet und bestärket, auch in den Gerichten und Collegiis darnach gesprochen wird; Dennoch aber und dieweil die obangeführte Rechte ganz nicht von dem Falle, da ein Gläubiger sich der Person seines Schuldners bemächtiget, handeln, also auf selbigen als ein ius singulare nicht erstrecket werden können, sondern nur alsdenn, wenn dem debitori Geld, Güter oder andere Dinge aus seinem Vermögen und Besitz gewaltsam weggenommen worden, statt finden; So hat Titius sich seiner Foderung nicht verlustig gemacht.

VII.

Decretum D. Marci etiam per modum exceptionis opponi potest.

VIII.

Restitutio spolii spoliantem a pœna in decreto D. Marci statuta non liberat.

Creditor debitori suo ingentem lignorum struem abstulerat, atque propterea actione spolii conventus, quum se condemnationem effugere non posse animadvertisset, sponte eam in locum suum reportarat; quo facto ipse debitorem ex mutuo convenit. Debitor vero edictum D. Marci per modum exceptionis opponit, seque propter illud ab instituta actione absolvi petit. Et tribunal Wolffenbuttelense mense Novembri anni CIↃIↃCCXIII. secundum reum iudicavit: Daß Klägere sich ihrer Foderung an Beklagten verlustig gemacht, auch die Unkosten, welche hiermit auf 27 Thaler 19 Groschen 3 Pf. gemäßiget werden, ingleichen diejenige, so nach der Zeit weiter aufgegangen, bey Vermeidung der Hülfe zu erstatten schuldig seynd. V. R. W. Et

recte

Digitized by Google

recte. Nam, cui damus actionem, eidem multo magis exceptio competit. *L.* 156. §. 1. *de Reg. iuris.* Deinde Caius in *L. pen. Vi bonorum raptorum: Non prodest,* inquit, *ei, qui vi rapuit, ad evitandam pœnam, si ante iudicium restituat rem, quam rapuit.* Et clarius adhuc Vlpianus in *L.* 56. *de Furtis: Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est; nemo enim tali peccato pœnitentia sua nocens esse desiit.* Adde *Mevium P.* 4. *dec.* 220.

IX.

Creditor, cui debitor potestatem dedit, rem occupandi, si hoc contra voluntatem debitoris facit, ius crediti amittit.

X.

Etiam creditor, qui, mortuo debitore, rem sibi debitam ex hereditate iacente aufert, in hanc pœnam incidit.

XI.

Excusatur tamen tunc, quum defunctus hoc ei permisit.

Disputant inter se ICti æqualibus argumentis parique numero, utrum decretum D. Marci cesset in creditore, qui tempore contracti debiti sibi potestatem res debitoris, si hic non solverit, occupandi stipulatus privatim earum possessionem ingressus est. Provocat utraque pars ad *L.* 3. *C. de Pignoribus,* quæ tam obscura est, ut neutram iuvare possit. Ego tamen cum *Mevio P.* 4. *dec.* 217. sentio, atque, creditorem vi privata utentem pacto illo non iuvari, sed credito suo excidere, puto. Committit enim talem vim, quam D. Marcus in *L.* 13. *Quod metus caussa* vetat. Et scire poterat,

 iura

iura publica, quæ magiſtratuum auctoritatem ſtabiliunt, pactis privatorum immutari non debere. *L. 38. de Pactis.* Tunc tamen cum creditore mitius agendum puto, quando bona eius fides apparet, & ipſe veriſimiliter credidit, debitorem in occupationem conſentire, aut poſſeſſionem vacuam eſſe. Commemorabo exemplum: Debitor creditori ſuo, ſi ei ante mortem ſuam non ſolviſſet, facultatem dederat, bona hereditaria ingrediendi, heredesque ſuos vetuerat quidquam ex iis adprehendere, priusquam creditori ſatisfactum eſſet. Mortuo debitore, creditor poteſtate ſibi data utitur. Heredes contra eum ex *L. 13. Quod metus cauſſa* agunt. Et videbantur iure optimo agere. Peccant quippe creditores, qui res ſuas vel ſibi debitas ex hereditate iacente auferunt, quemadmodum in *Specimine CCCLXXI. de Effectibus aditæ hereditatis, medit.* 5. oſtenſum. Excuſantur vero, ſiquidem defunctus, qui de rebus ſuis pro lubitu diſponere potuit, hoc eis permiſit. Vide *Gothofredum ad L.* 1. §. 2. *Quod legatorum lit. k.* Abſolverunt itaque reum ICti Helmſtadienſes menſe Martio anni CIↃIↃCCXXIII. ex his rationibus: Es fällt die pœna Legis 13. quod metus cauſſa, da der Schuldner ſelbſt in der Verſchreibung dem Impetraten Macht, nach ſeinem Abſterben ſeine Erbſchaft in Beſitz zu nehmen, gegeben, und ſeinen Erben ſich deren vor Impetratens Befriedigung anzumaſſen verboten, hinweg.

XII.

Hi, qui rem debitoris ſui vi vel clam auferunt, præter amiſſionem iuris ſui, pœnam etiam publicam ſuſtinent.

XIII.

Nunquam tamen eam, quæ in fures & raptores ordinarie ſtatuta eſt.

XIV.

XIV.

Sed semper extraordinariam, aliquando etiam corporis adflictivam.

Amissio iuris, in eos, qui sibi ipsi ius dicunt, statuta, civilis sine dubio & privata pœna est, per quam læso satisfit, pœna publica tamen non tollitur. Secundum indolem iuris Germanici enim publicæ privatæque pœnæ in uno delicto concurrere possunt. Vide *Speculum Saxon. lib.* 1. *art.* 53. & *lib.* 3. *art.* 32. *in fine*, item *Speculum Svev. art.* 177. 179. 184. Sed qualis erit illa publica pœna? Num forte ad statutum in fures & raptores supplicium deveniri poterit? Non puto. Deficit quippe animus lucri faciendi, sine quo furtum committi nequit, §. 1. *I. de Obligationibus, quæ ex delicto*, §. 1. *I. de Vi bonorum raptorum.* Adde *Carpzovium P.* 4. *Constit.* 38. *def.* 2. Interim, quum arbitrariæ pœnæ, siquidem cirumstantiæ id exposcant, etiam ad mortem usque extendi possint, iudex ei, qui contra debitorem suum vim atrocem adhibuit, vel cum effractione rem abstulit, mortis fustigationisve pœnam infligere poterit. Id quod luculento exemplo in sequente meditatione illustrabitur. In præsens ICtorum Helmstadiensium responsum mense Februario anni CIↃIↃCCXIX. exaratum pro prioribus duabus thesibus firmandis adiiciam: Hat Asmus Schultze bey gehaltenem Verhöre in Güte bekannt, daß er Jacob Wernickens Wittwen in Dambeck ein Pferd aus dem Marsche weggeritten, und Hans Jürgen Francken zu verkaufen hingegeben; Ob nun wol seine vorgebrachte Entschuldigung, daß der verstorbene Wernicke ihm 16 Reichsthaler abgeborget, und ihm, sich derselben halber an gedachtes Pferd zu halten, vergönnet, er auch solches blos in dem Absehen, seine Bezahlung dadurch zu erlangen, weggeführet, mit nichts bescheiniget wird, folglich erdichtet zu seyn scheinet, da zumal Inquisit anfänglich die That ganz abgeleugnet; daß es demnach das Ansehen gewinnet, ob sey gedachter Inquisit mit der ordentlichen auf die Pferde-Diebe

 gesetz-

gesetzten Strafe zu belegen, oder allenfalls durch die peinliche Frage zu einem richtigern Bekänntnisse anzuhalten; Alldieweil aber Jacob Wernicke dem Angeben nach die 16. Reichsthaler heimlich entlehnet, und so gar den Inquisiten eydlich, davon niemanden was zu sagen, obligiret, folglich, dieserhalben Zeugen zu stellen oder sonst Beweis zu führen, unmöglich fällt, hiernächst des Inquisiten Vorgeben daher einige Wahrscheinlichkeit gewinnet, daß er gegen seinen Beicht-Vater und das ganze Ministerium die That freywillig bekannt, mit Thränen bereuet, jedoch die obangeführte Entschuldigung so fort angehenget, immassen ihm auch das von dem Beicht-Vater und ganzen Gemeinde ertheilte gute Zeugniß zu statten kommt, bey welcher Bewandniß es nicht wol höher, als auf den Reinigungs-Eyd, kommen kann, nach dessen Abschwerung das fürnehmste Requisitum des Diebstahls, nemlich animus lucri faciendi, hinweg fällt, und nur dieses wider Inquisiten übrig bleibet, daß er gegen die klare Verordnung der Rechte in *L. 13. Quod metus caussa* sich eigenmächtiger Weise bezahlet machen wollen, überdies die Strafe solches Verbrechens durch die völlige Befriedigung und Abfindung der Wernickschen Wittwe um ein grosses vermindert wird; So erscheinet allenthalben so viel, daß Inquisit, Asmus Schultze, sich nach vorgängiger scharfen Verwarnung vor der schweren Strafe des Meineydes auch in Gegenwart seines Beicht-Vaters eydlich reinigen, und, daß der verstorbene Wernicke ihm wahrhaftig Geld schuldig geblieben, er auch das Pferd in der Absicht, sich seiner Foderung halber bezahlet zu machen, weggeführet, schweren müsse, und so dann zwar mit der ordentlichen Strafe der Pferde-Diebe zu verschonen, jedoch acht Tage lang im Gefängnisse mit Wasser und Brodt zu speisen, oder um 5 Reichsthaler zu bestrafen.

XV.

Hi etiam, quibus nihil debetur, si quid tamen sibi deberi crediderunt, & propterea rem abstulerunt, ordinariam furum pœnam effugiunt & arbitrarie puniuntur.

Illud,

Digitized by Google

Illud, antequam hinc discedo, adhuc moneo, pœnam ordinariam non saltem illi remitti, qui vero debitori suo rem abstulit, sed & ei, qui hunc debitorem suum esse falsus credidit. Nam & qui errat, etsi in culpa sit, dolum tamen non committit. Certe leges contra eos, qui ipsi sibi ius dicunt, statutæ eos etiam complectuntur, qui res alienas, quas suas esse vel sibi deberi autumant, invadunt. *L. 7. C. Vnde vi.* Et sic iudicarunt ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIϽ IϽ CC XV. Daß Inquisit, Johann Oeltzner, nach abgeschwornen gewöhnlichen Urpheden, mit Staupenschlägen des Landes ewig zu verweisen. V. R. W. Rat. dec. Es ist Inquisit geständig, daß er vermittelst einer Leiter in Johann Pollmanns, seines ehemaligen Vormundes, Hof gestiegen, daraus zwey Fohlen hinweggeritten, solche an Johann Joachim Hüttern feil geboten, auch eines davon würklich verkaufet; Ob nun wol aus diesen Umständen der animus furandi ziemlich deutlich hervorleuchtet, und das Vorgeben, als ob er hiedurch Pollmannen nur zu Herausgebung eines ihm zustehenden Kauf-Briefes zwingen wollen, wenig Wahrscheinlichkeit hat, da zumal die dieserhalben abgehörte Zeugen nicht einmal sagen können, daß Pollmann dergleichen Kauf-Brief jemaln in seine Verwahrung bekommen, worzu ferner kommt, daß dieser Diebstahl durch das Einsteigen schwerer gemacht, auch in Actis von der Restitution des einen Fohlens keine Nachricht vorhanden ist; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätte Inquisit nach Inhalt der Magdeburgischen Policey-Ordnung und der in Rationibus decidendi des letztern Urthels angeführten Königlichen Declaration de dato Schönhausen den 7. Sept. 1700. mit dem Strange bestrafet werden sollen; Alldieweil aber nicht allein Andreas Oeltzner, daß ein Kauf-Brief würklich aufgerichtet, und von Inquisiten, um ihn zu seinem Vormund zu tragen, abgeholet worden, bezeuget, sondern auch aus beyder Zeugen fol. 50. befindlichen Aussage erhellet, daß Inquisit solchen Kauf-Brief von Pollmannen gefodert, und dieser, wie er ihn nicht empfangen habe, vorgegeben, demnach wohl zu

vermuthen ist, daß, wenn auch Pollmann den Kauf-Brief nicht gehabt, Inquisit sich doch solches eingebildet, und wegen dieser vermeynten Vorenthaltung ihm selbst durch Hinwegreitung der beyden Fohlen Recht schaffen wollen, wodurch er zwar ein strafwürdiges Factum begangen, welches aber vor keinen eigentlichen Diebstahl gehalten, und mit der ordentlichen Todes-Strafe nicht beleget werden mag; So haben wir ihn mit dem Strange verschonet, und nur zu Staupenschlägen und ewiger Landes-Verweisung verdammet.

SPECIMEN DVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLIII. TIT. XVII.

DE

IVDICIO POSSESSORIO SVMMARIISSIMO

PVBLICE DEFENSVM

A

IVSTO FRID. BOEHMERO

HANNOVERANO.

I.

In possessorio momentaneo iudex ea sola observat, quae de iure naturae ad indagandum verum necessaria sunt.

II.

In examine testium citatio adversarii ad videndum iurare & danda interrogatoria impune omittitur.

III.

Digitized b

III.

Admittendæ tamen sunt probationes, quas adversarius sponte & tempestive offert.

De modo procedendi in possessorio momentaneo multæ oriuntur in foro lites. Sat quidem ille determinatus videtur in *Clem. 2. de Verb. signif.* At supersunt tamen etiam post *Clementinam* hanc dubia, in quibus decidendis ego illam semper regulam ante oculos habeo, quam *Engelbrechtus* noster *in Compendio iurisprudentiæ lib.* 43. §. 71. sic proponit: *In hoc processu summario, remotis omnibus ambagibus, sola facti veritate probabiliter inspecta, summarie & celeriter proceditur, & illa tantum sunt necessaria, quæ ipsum ius naturæ exigit.* Quidquid itaque essentialiter ad verum indagandum necessarium non est, omitti oportet. Exemplo res optime illustrabitur. Disceptabatur aliquando operose, utrum necesse esset, quum actor testes examinari petiisset, reum ad videndum iurare & danda interrogatoria citari. Negamus hoc. Citatio enim hæc nihil ad verum indagandum confert, sed est saltem ad melius esse, ut cum vulgo loquar. Probatio non adversario fit, sed iudici, qui si prudens & iustus est, prospiciet satis, ut omnia recte & ordine fiant. Obiiciebatur quidem, quod in supra memorata *Clementina* & citatio adhiberi & defensiones legitimæ admitti iubeantur. Verum ibi de citatione ad ipsam caussæ cognitionem sermo est, quæ omitti nequit, ne inauditus damnetur. Probationes vero admittendæ sunt utique, si offerantur a reo, sed ita, ne iudicium morentur. Licet utrique parti testes nominare. Eos iudex examinet, sed confestim, maxime si periculum in mora est. Citatio adversarii tempus longius poscit, inprimis, quando spatium ad conficienda interrogatoria ipsi indulgendum est. Has igitur moras amputari oportet. Nec iniuria

Digitized by Google

ria sit alteri parti, nec defensio ipsi aufertur. Nam & huic, antequam sententia feratur, testes vel eosdem vel alios nominare, & interrogatoria in articulos commutare liberum est. Atque tunc iudex similiter examen, non citato actore, deproperat, &, conclusa caussa, sententiam fert, exclusis disputationibus attestationum, quas vocant. Hunc, quem praecipio, procedendi modum accurate descripserunt ICti Helmstadienses mense Aprili anni CIↃ IↃ CCXXVIII. Daß, der gesuchten Restitution ungeachtet, das am 21. Octobr. 1727 eröfnete Urthel zu bestätigen, mit dem gebetenen Zeugen-Verhöre zugleich über die sub Num. 15. übergebene Artickel per Commissarios ohne allen Verzug, und ohne daß Beklagtem davon weitere Nachricht gegeben, noch seine protestationes und appellationes attendiret werden, zu verfahren, sodann ohne vorgängige Communication des Rotuli noch vor der Erndte der streitige Possessions-Punct zu unterscheiden, und wider dasselbige Erkänntniß kein Remedium anzunehmen, inzwischen alles in gegenwärtigem Stande zu lassen, und beyden Theilen bey 200 Reichsthaler Strafe alles Unternehmen auf dem streitigen Platze vor Fällung des Urtheils zu untersagen. Doch stehet Beklagtem frey, auch seiner Seits Zeugen bey Zeiten und ohne Aufenthalt der Sache abhören zu lassen, ingleichen Artickel zu übergeben, und, daß des Klägers Zeugen mit darüber vernommen werden, zu bitten. Uebrigens muß Beklagter dem Kläger alle durch die gesuchte Restitution verursachte Unkosten erstatten. V. R. W. Rat. dec. Es ist Klägern im letzt eröfneten Urthel vergönnet worden, ohne vorgängige Citation an Beklagten Zeugen abhören zu lassen. Dawider hat Beklagter restitutionem in integrum gesuchet, und vorgestellet, daß selbst in possessorio summariissimo dergleichen tumultuarisches Verfahren und Beweis führen unzuläßig sey, daß überdies solcher modus procedendi mit den Landes-Rechten und Gewohnheiten streite. Alldieweil

aber

aber Kläger seine Bitte deutlich genug auf Schützung der ihm gegenwärtig zustehenden possession gerichtet, anbey genugsam declariret, die momenta petitorii nur pro coloranda possessione angeführet zu haben, zudem ein vernünftiger Richter bey Entscheidung der Sache schon in terminis des possessorii momentanei bleiben, und die weiter hinaussehende Puncte übergehen wird, hiernächst die acta klar ergeben, daß summum periculum in mora, und bey längerer Verzögerung der Sache ein grosses Unglück zu besorgen sey, ferner das possessorium summariissimum vermöge der Rechte und Gewohnheiten eben zu dem Ende angeordnet ist, damit die Sache ohne den geringsten Zeit-Verlust entschieden und alles Unheil vermieden werde, diesemnach ein Richter bey Untersuchung dieses possessorii alle solemnia bey Seite setzen, und nur diejenige Stücke, welche zu schleuniger Erforschung der Wahrheit unumgänglich nöthig, in Acht nehmen, nemlich beyde Theile vorladen, gegen einander verhören, die von einem jeden offerirte Beweisthümer annehmen, und nach selbigen gleich urtheilen, hingegen die zum Aufenthalt der Sache abzielende, und nicht essentialiter nothwendige Dinge, als Interrogatoria, Salvation- und Impugnation-Schriften remedia suspensiva &c. ad ordinarium processum verweisen muß, und denn dieser modus procedendi der Natur der Sache und der Billigkeit gemäß, auch in *Clementina 2. de Verborum significatione* gegründet ist, wie denn dadurch dem Beklagten die Ausführung seines Rechtes nicht abgeschnitten wird, als welchem frey stehet, gleicher Gestalt tempestive Zeugen vorzuschlagen, andere Beweis-Gründe einzubringen, und darüber gleich mit erkennen zu lassen, endlich Beklagter nicht beygebracht, daß die Mecklenburgische Rechte und Gewohnheiten von den bey dem possessorio summariissimo überall eingeführten und in necessitate auch utilitate publica sich gründenden Rechten abweichen; So haben wir voriges Urthel bestätiget, und zu Vermeidung alles künftigen Zweifels noch

deutlicher erkläret, anbey Beklagten in Ansehung seiner nichtigen gravaminum in die Unkosten vertheilet. Vide die Erläuterung der Sächsischen *Proceſs*-Ordnung im Anhange §. 19. 20.

IV.

Is, qui vi, clam aut precario poſſidet, nec in poſſeſſorio ſummariiſſimo vincit, ſi quidem de vitio poſſeſſionis aperte conſtat.

V.

Tunc tamen vitium poſſeſſionis in poſſeſſorio ſummariiſſimo non attenditur, quum illud altioris indaginis eſt.

Proceſſus poſſeſſorius ſummariiſſimus ſeu momentaneus cum interdicto vetere uti poſſidetis in plerisque convenit, nihilque ICti priſci de iſto interdicto tradunt, quod ad proceſſum noſtrum accommodari nequeat. Vnum tamen eſt inter interdictum uti poſſidetis Romanis uſitatum & poſſeſſorium ſummariiſſimum diſcrimen, quod in illo, ſiquidem cum eo, a quo actor poſſeſſionem nactus eſt, litigetur, poſſeſſio non vitioſa, h. e. nec violenta nec clandeſtina nec precaria, deſideretur, *L.* 1. §. 5. & *ult. Vti poſſidetis*, in hoc, ſive agatur contra extraneum, ſive contra dominum, ſive quis poſſideat ab alio, ſive ab adverſario ſuo, ſimplex poſſeſſio, atque adeo etiam vi, clam aut precario quæſita, admittatur. Hæc verba *Bergeri* ſunt *in Electis proceſſus poſſeſſorii* §. 22. quem ſequitur *Ludovici in Doctrina pandectarum tit uti poſſidetis* §. 2. Verum enim vero crude nimis dicitur: Poſſeſſio etiam vi, clam, precario quæſita indiſtincte contra quemvis defenditur. Duriſſima hæc theſis eſt, ſiquidem ita ſimpliciter admittatur.

tur. Intellexisse sic tamen illam ICtos Vitembergenses, ex responso quodam eorum mense Aprili anni CIↃIↃCCCIX. exarato patet, quo possessorem præsentem, quamvis is se vi rem ab adversario cepisse ipse fateretur, in possessorio summariissimo defenderunt: Hat Anna Rosina Koyin, nebst ihrer Tochter, euch ihr Haus für 6500 Reichsthaler verkaufet, und in dem hierüber aufgerichteten Kauf-Recesse, euch den Besitz davon einzuräumen, alle Logementer abzutreten, und, daß ihr sogleich von den Mieth-Leuten den Zinß und allen Nutzen nehmen möchtet, zuzugeben versprochen. Als sie nun hierauf euch den Kauf-Recess zwar eingehändiget, die Nutzungen aber und den Mieth-Zinß innen behalten, habt ihr vor einigen Wochen die Possess besagten Hauses würklich ergriffen. Worauf die Verkäufere mit einem starken Anhange zusammen rottirter Handwerks-Pursche euch thätlich überfallen und hinwiederum zu depossidiren gesuchet. Wannenhero ihr, ob ihr nicht in der Possess durch gerichtliche præcepta nachdrücklich zu schützen, den Mieth-Leuten auch, daß sie den Haus-Zinß euch in Zukunft zahlen möchten, durch dergleichen gerichtliche præcepta aufzulegen wäre, unterrichtet seyn wollt. Ob ihr nun wol hieran, daß ihr den Besitz des Hauses eigenmächtig ergriffen, und, bis euch Verkäuferin solchen versprochener Maassen eingeräumet, nicht erwartet, unrecht gethan, demnach ihr, gestalten Sachen nach, selbst pro violento possessore zu achten, *L. 13. Quod metus caussa*, und der beneficiorum iuris unwürdig zu seyn scheinet. Dieweil aber dennoch in dem possessorio summariissimo, und wenn sich jemand in der einmal ergriffenen possess wider alle turbationen und Gewaltthätigkeiten zu schützen bittet, blos allein auf gegenwärtige Possess, keinesweges aber auf die Rechtmäßigkeit derselben, noch, wie der Besitzer darzu gekommen, gesehen, und also auch derjenige, so die possess vi, clam aut precario erhalten, darinnen von dem Richter mainteniret wird; So seyd ihr in dem Besitze des Hauses wider alle fernere Gewaltthätigkeiten per præ-

 cepta

cepta pœnalia billig zu schützen. At ego hanc Bergeri mentem fuisse nunquam mihi persuadebo. Pugnat hoc cum probitate eius, ut apertum prædonem contra verum dominum tueatur. Vera itaque eius sententia, quam & nos amplectimur, hæc est: possessorem præsentem tunc etiam, quum vitium violentiæ, clandestinitatis aut precarii ipsi obiicitur, in possessione defendi oportere, siquidem vitium hoc a possessore negetur, eiusque probatio altioris indaginis sit; tunc vero, quum de vitio possessionis aperte constat, improbum possessorem audiri non debere. Apparet hoc satis clare inde, quod *Bergerus* ad *Postium de Manutenendo Observ.* 42. provocat. Ille vero *n.* 137. *Sed postquam*, inquit, *constat in promptu, notorie, & evidenter absque ulla disputatione, de iniustitia possessionis, seu de illius violentia, clandestinitate, vitio, improbitate, dolositate, vel de spolio, seu possessorem esse furem, vel prædonem, seu intrusum, non est huiusmodi possessori danda manutentio, sed spolium est purgandum, & possessio revocanda.* Et ita quoque sentit *Thomasius, qui in notis ad tit. Pand. Vti possidetis: Moribus*, ait, *qualitatem possessionis, quod scilicet actor eam nec vi nec clam nec precario acquisiverit, probandum esse saltem in ordinario possessorio, non vero in summariissimo. Sed limitationem patitur assertio ratione summariissimi, in quo etiam ista probatio admittitur, si in continenti fieri possit.* Consentiunt ICti Helmstadienses, & vitia clandestinitatis, violentiæ, precarii, præsenti possessori obiecta, siquidem in continenti doceri nequeant, non attendunt. Ita certe mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XVIII. iudicarunt: Daß die aus unserem Consistorio an Beklagte ergangene Straf-Befehle wiederum aufzuheben, und Beklagte bey dem Besitze, die streitige Stelle mit zu denen gemeinen Beschwerden zu ziehen, so lange zu schützen, bis Kläger die ihm dieserhalben zustehende Freyheit besser, als geschehen, erwiesen. V. R.

B. R. W. Rat. dec. Der Streit kommt bey diesem Processe darauf an, ob der streitige Hof ein Priester-Bauer-Gut, folglich den gemeinen Beschwerden mit unterworfen, oder aber eine freye Wedem- und Vicarien-Stelle sey. Das erste suchen Beklagte zu behaupten, haben auch, laut eines summarischen Zeugen-Verhörs, der Einnahme-Register, und Klägers eigenen Geständnisses, den Besitz vieler Jahre vor sich. Kläger hingegen will die Freyheit dadurch beweisen, daß einer seiner Vorfahren in dem Hause gewohnet, dasselbige in unterschiedenen Documenten eine Vicarien- und Wedem-Stelle genennet werde, und die von Beklagten angeführte actus possessorii theils gewaltsamer Weise ausgeübet, theils von ihm selbst precario verstattet worden. Alldieweil aber, nach Aussage der Zeugen, Klägers Vorfahre in dem streitigen Hofe nicht als auf einer ordentlichen Wedem-Stättte, sondern nur ad interim, bis zu Wiederaufbauung des abgebrandten Pfarr-Hauses, gewohnet, hiernächst die beygelegte Documente theils blosse von keiner persona publica vidimirte, auch von Beklagten nicht agnoscirte Copeyen, theils des Klägers Vorfahren eigene adsertiones seynd, also wider einen tertium nichts beweisen, endlich das vitium violentiæ und clandestinitatis gebührend beygebracht werden muß, indessen aber auch derjenige possessor, welchem gedachte vitia possessionis vorgeworfen werden, in dem Besitze nach der heutigen Praxi geschützet wird; So haben wir die an Beklagte ergangene Straf-Befehle wieder aufgehoben, sie in dem Besitze geschützet, und Klägern zu bessern Beweis angewiesen. Iidem vero, quum vitium possessionis ex actis manifeste apparet, nullam possessionis huius rationem habent, sed secundum *c.* 6. X. *de caussa possessionis* rem adversario non possidenti addicunt. Ita quippe mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XXVI. responderunt: Dieses wollen wir bey dem von der post annum 1712. continuirten Possession hergenommenen Argumento anmerken, daß zwar die Possession selbst der Stadt Durazzo nicht gestritten werden könne, nachdem bekannten und

 eingeführ-

eingeführten Rechtens ist, daß in possessorio summariissimo, und wo es lediglich auf das factum possessionis ankommt, gar nicht auf die vitia possessionis, z. E. das precarium und clandestinitatem, welche sonst der Stadt allhier offenbarlich im Wege stehen, sondern schlechterdinges auf den letzten actum possessionis, gesehen werde. Allein, diese unrechtmäßige, und so viel die vorige Zeiten betrift, in einem schlechten precario, und nach dem Jahre 1712 in einer clandestinitate und Connivenz des Einnehmers sich gründende possession kommt allhier, da eigentlich von dem iure selbst, oder auch von der ältern und rechtmäßigern possession gestritten wird, in ganz keine Betrachtung

VI.

Ei, quem adversarius vi, clam vel precario possidere dicit, confessio hæc in possessorio summariissimo ad probandam possessionem prodest.

Plerique, qui in possessorio summariissimo contendunt, non aliam possessionis suæ probationem adferunt, quam ipsam adversarii confessionem, conditionatam illam tamen seu qualificatam. Vt ecce: possessor prædii equestris sibi possessionem exigendi operas rusticas confirmari petit. Rustici, præstitisse se quidem anno præterito operas, sed vel vi adactos, vel precibus inductos, respondent. Tum eques acceptat confessionem, atque ex ea rusticos in possessorio summariissimo condemnari rogat. Rustici negant, se simpliciter confessos, atque necessarium esse dicunt, ut adversarius confessionem integram acceptet, atque sic vitiosam possessionem suam agnoscat. Et secundum leges Romanas quidem, quæ possessionem non vitiosam in interdicto uti possidetis desiderant, contra equitem iudicandum, atque illi, ut possessionem legitimam probet, imponendum esset, arg. *L. 1. §. 2. de Itinere actuque privato.* At moribus hodiernis simplex detentio, quæ ex confessione lucu-

luculenter apparet, attenditur, & vitium possessionis, quod altioris indaginis est, in iudicium ordinarium differtur. Nec iniquum est, ut liquidum ab illiquido separetur. Sic ICti Helmstadienses mense Martio anni CIƆ IƆ CC XIX. iudicarunt ex his rationibus: Es haben die vorige Urthelsfasser Klägern bey dem Besitze der Düngel-Dienste mit einem stehenden Wagen geschützet. Hierüber beschweren sich nun Beklagte und Intervenienten, und führen statt der gravaminum hauptsächlich an, daß die dem Kläger zugestandene possessio precaria nicht rechtmäßig sey, immassen solches aus dem von Beklagtem in erster Instanz gethanen Bekänntnisse, welches die Urthelsfasser zum Grunde ihres Erkänntnisses gesetzet, erhelle. Alldieweil aber in possessorio summariissimo nach teutschen Rechten und Gewohnheiten lediglich auf den letzteren ruhig exercirten actum possessorium gesehen, dieses hingegen, daß der Besitzer den Besitz vi, clam und precario erhalten, in keine Betrachtung gezogen, sondern zu ordentlicher Ausführung verschoben wird; So seynd wir voriges Urthel zu bestätigen bewogen worden.

VII.

Iudex in possessorio momentaneo testes, quos examinat, de circumstantiis facti & ratione scientiæ ex officio interrogare debet.

VIII.

Si id non fecit, probatio reiicitur, atque melior imponitur.

Dixi supra, in probatione possessionis momentaneæ adversarium ad danda interrogatoria non admitti. Dissentiunt multi, dicuntque, magnam defensionis partem in interrogatoriis positam esse, adimi sic reo potestatem, probationes actoris excutiendi, circumstantias facti ex testibus

bus exquirendi, rationem depositionis investigandi. Verum enim vero hæc omnia ad officium iudicis, etsi per interrogatoria non imploretur, pertinent. Ille circumstantias facti indagare & testes de ratione testimonii sui interrogare debet. Si id non fecit, sed testes, ut loquimur, in folle deposuerunt, nullamque scientiæ suæ caussam allegarunt, nihil actum, sed probatio oblata reiicitur, atque nova & accuratior exigitur. Vide *Wernheri P.* I. *observ.* 119. Atque sic ICti Vitembergenses mense Septembri anni CIƆ IƆ CC X. iudicarunt ex his rationibus: Dieweil der Zeugen Aussage von den actibus possessoriis nicht in folle, sondern mit Ausdrückung der nöthigen Umstände von Zeit und Ort geschehen muß, hierbey auch, daß der Zeuge die Ursach, woher er solches wisse, ob er selbst bey dem actu gewesen und ihn mit angesehen, ausdrücke, vonnöthen ist, woran es aber in dem von Klägern übergebenen Zeugniß-Rotulo durchgehends ermangelt, gestalt dann art. 6. 8. 9. 10. 11. ganz generaliter eingerichtet, bey dem art. 12. und 13. aber es an den obangeführten Umständen ermangelt, welche doch in gegenwärtiger Sache um desto mehr, da Beklagter einen Unterschied zwischen dem Gute selbst und den Aeckern machet, und zwar in jenem, nicht aber in diesen die Iurisdiction zugestehet, nöthig gewesen; So haben wir in Ansehung dieser defecte es bey dem ehemaligen Bescheide, worinnen Klägern bessere Bescheinigung zu führen auferleget worden, gelassen.

IX.

Iudex in possessorio summariissimo reprobationem nec decernit nec exspectat, sed sponte oblatam recipit.

X.

Nec protestationem de ea reservanda attendit, nisi protestanti mora nulla imputari possit.

De

Digitized by Google

De reprobatione in possessorio momentaneo sic optime *Gribnerus in Principiis processus iudiciarii lib. 2. cap. 7. §. 10. Nec remonstratio, inquit, rei exspectatur, nisi eam absque mora offerat, aut de ea sibi reservanda protestetur. Huiusmodi tamen protestationes ne quidem semper attenduntur.* Sed clarius explicandum fuisset, quando iudicem istiusmodi protestationes attendere vel non attendere oporteat. Tunc scilicet eam attendi oportet, quum apparet, protestanti moram nullam ac negligentiam imputari posse. Hoc solum, quod admonitus ante non fuit, illum non excusat. Nam sponte offerenda est reprobatio. Vide sententiam scabinorum Lipsiensium apud *Carpzovium P. 2. C. 7. def. 17. & Appendicem Ordinationis processus Saxonici recognitae* §. 19. Excusatur vero, si vel ob festinationem iudicis vel subdolas adversarii artes idoneum reprobationi suscipiendae tempus non habuit. Commemorabo exemplum. Instituit quis actionem ex momentanea possessione, excipit reus, actor replicat, reus duplicat. Tunc iudex transmissionem actorum ex officio decernit. Aliquot ante inrotulationem actorum diebus actor rotulum testium offert, quo animadverso, reus transmissionem actorum differri sibique reprobationem ante omnia permitti petit. Iudex acta tamen transmittit. Sed ICti Vitembergenses mense Februario anni CIↃ IↃ CCXII. ea remiserunt cum hac sententia: Daß Beklagte zuförderst mit ihrer Gegenbescheinigung, wobey ihnen sich der Eydes-Delation zu gebrauchen unbenommen, zuzulassen. Sie seynd aber damit binnen Sächsischer Frist bey Verlust derselben einzukommen schuldig. V. R. W.

XI.

In processu summariissimo possessio antecessoris & successori in officio

XII.

Et heredi & cuilibet alii successori prodest, dummodo adversarium quiete possidere passi non sunt.

Quod *in Specimine CCCCIC. de Possessorio processu in genere, medit.* 7. dixi, possessionem antecessoris etiam successori in officio prodesse, hoc ad solam possessionem antiquiorem, de qua tunc actum fuit, restringi non debet, verum & ad præsentem pertinet. Nam & in momentaneo possessorio vincit is, qui ostendere potest, antecessorem suum tunc, quum moreretur aut munere suo decederet, possedisse, seque muneri admotum turbatoribus confestim restitisse. Possessio quippe bonorum, quæ penes antecessorem fuit, decedente eo, penes officium eius manet, *arg. c.* 7. *X. de Testamentis*, atque simul cum officio hoc in successorem transfertur. Agnoscit hoc *Tiraquellus in Opusculo Le mort saisit le vif. P.* 1. *declar.* 5. atque possessionem, quæ apud defunctum fuit, in successorem dignitatis sine omni corporali adprehensione etiam de iure communi transire ait, in aliis vero successoribus secus esse, atque his possessionem auctoris sui non prodesse, putat. Ego vero cum *Mevio* sentio, qui *in P.* 3. *dec.* 92. generaliter, possessionem auctoris successori in momentaneo possessorio proficere dicit. Scio quidem, possessionem, nisi naturaliter adprehensam, ad heredem non transire. *L.* 23. *pr. L.* 3. §. 5. *de Adquir. vel amitt. poss.* Transit tamen potestas adprehendendi. Ergo si heres vel quilibet successor alterum quiete possidere passus non est, sed sine mora ius suum exercuit, aut exercere tamen tentavit, &, dum prohiberetur, vel restitit, vel in iudicio questus est, defendi debet in possessione. Sic ICti Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CC XIX. iudicarunt ex his rationibus: Es haben die vorige Urthelsfasser Klägern bey dem Besitze der Düngel-Dienste mit einem stehenden Wagen geschützet. Hierüber beschweren sich nun Beklagter

und Intervenienten, und führen statt der gravaminum hauptsächlich an, daß der jetzige Kläger niemalen in dem Besitze gestanden, und selbigen die Possession seines Vorfahren im Amte nicht zu statten komme. Alldieweil aber derjenige, welcher in den Besitz eines Gut gesetzet wird, zugleich alle demselben anklebende iura und servitutes zu besitzen anfängt, folglich ihm die von seinem Vorfahren exercirte actus possessorii gleicher Gestalt zu statten kommen, welches denn allhier um so viel weniger Zweifel hat, da Kläger dieses Recht, als zu seinem Amt gehörig, und nicht als ein privatus, vindiciret; So seynd wir voriges Urthel zu bestätigen bewogen worden.

XIII.

Tertius interveniens etiam in possessorio summariissimo admittitur.

XIV.

Non tamen tunc, quando ex iure petitorii intervenit.

Interventio in omnibus prorsus caussis, quantumcunque favorem habeant, locum invenit, adeo, ut invitum etiam tueri liceat, si, iura eius sarta tecta servari, nostra interest. *L.* 19. *C. de Liberali caussa.* Itaque interventionem etiam in possessorio recte admittunt DD. apud *Martini in Processu tit.* 15. §. *un. n.* 19. non solum in ordinario, sed & in summario, ut *idem in Analectis forensibus ad h. l.* ostendit, limitatione addita, quam subobscuram clarius proponit *Mevius p.* 3. *dec.* 96. Scilicet in possessorio processu interveniens simillimam caussam habere debet. Ergo, qui ex petitorio intervenire vellet, audiendus non esset, nec qui in possessorio summariissimo ex capite antiquioris possessionis. Rem optime exemplo illustrabo. Rusticus quidam ad servitium devocatur, instituto processu possessorio sum-

mariissimo. Quum ille se tueri non posset, dominus, a quo prædium iure emphyteutico tenebat, intercedit. Et admissa fuisset hæc intercessio, si intercedens possessionem ipsam in dubium vocasset. At ille id solum urgebat, non potuisse emphyteutam onera prædio imponere aut negligentia sua iura eius imminuere. Nihil hoc ad possessorium. Quamobrem ICti Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CC XIX. dominum hunc ad petitorium ablegarunt, atque in præsens ad sumtus litis damnarunt ex his rationibus: Es haben die vorige Urthelsfasser Klägern bey dem Besitze der Düngel-Dienste mit einem stehenden Wagen geschützet. Hierüber beschweren sich nun Beklagter und Intervenienten, und führen statt der gravaminum hauptsächlich an, daß der Eigenbehörige ohne der Intervenienten, als Guths-Herren, Einwilligung dem Gute keine Dienste aufbürden könne. Alldieweil aber der Intervenienten Ius ad petitorium und nicht ad possessorium summariissimum gehöret; So seynd wir, voriges Urthel zu bestätigen, und Beklagten nebst Intervenienten in die Unkosten zu vertheilen, bewogen worden.

XV.

Cautio de non amplius turbando in possessorio summariissimo sine lege & utilitate exigitur.

XVI.

Si tamen imponatur, verbis nudis præstanda est.

Cautionem de non amplius turbando in possessorio summariissimo exigunt plerumque actores, decernunt iudices. Eam in iure scripto fundamentum non habere, animadverterunt iam diu *Cuiacius*, *Giphanius* & alii. Nam, quæ huc vulgo trahitur, *lex un. C. Vti possidetis* non de cautione a reo, sed de satisdatione iudicatum solvi ab eo, qui in possessione defenditur, præstanda agit, ut recte observat *Gothofredus ad eam lit. t.* Ipse hoc agnoscit *Schilterus Exerc. ad Pand.* 47. §. 60. sed *Bartolum* sequutus cautionem hanc ex

Digitized by Google

ex *L. pen. de Aqua quotid.* deducit, quæ lex tamen ad ſolas ſervitutes actus, aquæductus & itineris pertinet. Sed quidquid ſit, ego facile uſum fori, quo cautio de non amplius turbando ſtabilita eſt, comprobarem, ſi modo ullam neceſſitatem utilitatemve in ea viderem. Equidem *Gailius lib.* I. *Obſ.* 116. *n.* 5. *Niſi*, inquit, *ad eum modum cautio peti poſſet, ſententia foret quodammodo eluſoria, quia victori non eſſet ſatis proſpectum ratione tantum præteritæ & præſentis turbationis, niſi etiam ei cautum ſit de futura turbatione: quod videlicet adverſarius in futurum eum moleſtare nolit.* At quid opus eſt ambagibus & diſputationibus de cautione? Breviore & tutiore via poſſeſſori contra futuras turbationes proſpicietur, ſi iudex in ſententia, qua illum tuetur, ſimul futuras turbationes interdicat, ac non parenti mulctam pœnamve corporalem minetur. Ego, ſi iudex hac iudicandi formula: Daß Kläger bey dem Beſitze des ſtreitigen Gartens zu ſchützen, und Beklagter ſich aller Beeinträchtigung bey 100 Reichs-Thaler oder Gefängniß-Strafe zu enthalten ſchuldig: in poſſeſſorio ſummariiſſimo utatur, nunquam actorem vidi, qui cautionem de non amplius turbando decerni mallet. Adprobavit ſententiam hanc potentiſſimus Poloniarum Rex in *Ordinatione proceſſus recognita tit.* 39. §. 3. Atque inutilitas huius cautionis inde etiam magis patet, quod ſi decernatur, non alia tamen, quam nude verbalis, præſtanda ſit. Ita enim explicari ſolet formula vulgaris ex *L.* 3. *C. de Verborum & rerum ſignif.* Et ita ICti Vitembergenſes menſe Ianuario anni CIↃ IↃ CCXI. iudicarunt. Dieweil Beklagter die ihm zuerkannte Caution de non amplius turbando gebührend beſtellet, ſo hat es dabey ſein Bewenden. V. R. W. Rat. dec. Kläger will mit der von Beklagtens Anwalde geleiſteten Caution nicht zufrieden ſeyn, indem er vermeynet, es müſſe dieſe von dem Principal ſelber nicht durch bloſſe Obligation des Lehn-Gutes zum Unterpfande beſtellet, ſondern zugleich deſſen Eigenthum be-

 ſcheiniget,

scheiniget, und der Lehnherrliche Consens ausgebracht werden. Alldieweil aber die Caution de non amplius turbando nicht eben durch Bürgen oder Pfande, sondern auch nur durch mündliches Versprechen bestellet werden kann, welches Versprechen denn von Beklagten nicht nothwendig in Person geschehen müssen, da zumal dessen Anwald sich zu diesem actu in specie durch die fol. 155. befindliche Vollmacht legitimiret; So haben wir, daß Beklagter die Caution zur Genüge bestellet, und mit Erstattung der Unkosten zu verschonen sey, erkannt.

AVGVSTINVS LEYSERVS

BOEHMERO SVO

SALVTEM.

Quod pater tuus patruusque immortalibus suis in hanc academiam meritis iam diu effecerunt, ut Boehmerianum nomen sanctum nobis omnibus & percharum sit, hoc Te ab aditu ad nos facile deterrere potuisset. Cogitandum enim Tibi erat, patres academiæ civesque, a multis inde annis in Boehmeris suis nil nisi magnum & egregium videre adsuetos, neminem, qui partam summo labore ac virtute nomini tuo gloriam saltem mediocriter sustineret, inter se æquo animo laturos esse. Tu tamen, etsi hæc optime scires, ausus es ad nos accedere, nec latere, sed in luce ac omnium oculis versari voluisti. Vt primum Te conspeximus, confestim vividam Boehmerorum indolem ac divinum ingenium agnovimus, cœpimusque amare. Qui amor mirifice auctus est, postquam Te non scholas solum nostras diligenter frequentare, sed & publica doctrinæ & hereditariæ quasi in illustri gente tua eloquentiæ specimina edere vidimus. Ipse Tecum sæpe eruditam pugnam solemniter commisi, & victoriam mihi a discipulo acriter disputari non sine summa animi voluptate intellexi. Exercui Te etiam in forensibus negotiis, dedi pensa, quæ elaborares, dedi etiam acta, quæ & excerperes & referres.

Non

Non mentior profecto, sed vere dico, explesse Te, quin & superasse exspectationem meam. Igitur iam diu ad amicum, qui Hannoveræ res academicas curat, honorifice de Te scripsi, Teque inter eos nominavi, qui aliquando ICtorum ordini adscribi mererentur. Verum quid opus est testimonio meo privato, quum publicum Tibi iussu ac nomine collegii mei, cuius decanus nunc sum, dederim. Ad hoc igitur me refero. Tibi de cetero gratulor, prospera omnia ac honores nomine tuo & virtute dignos opto, & æternum meum amorem promitto. Vale. Dabam Helmstadii IV. Id. Septembr. anni CIↃ IↃ CC XXIX.

Iustum Friedericum Boehmerum, Hannoveranum, tres annos & dimidium in hac Academia exegisse, summaque diligentia & vitæ probitate se bonis omnibus probasse, egregie in omni iure profecisse, luculenta doctrinæ suæ specimina edidisse, & dignum esse, qui in lucem protrahatur, ac muneri publico præficiatur, testamur. Helmstadii IV. Id. Sept. CIↃ IↃ CC XXIX.

(L. S.) *Decanus, Senior, ac ceteri iurium Professores in Academia Iulia.*

A. LEYSER.
Decanus.

SPE-

SPECIMEN DIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIII. TIT. XVII.
DE
SVPERFICIEBVS.

I.

Inter superficiem & emphyteusin nullum intercedit discrimen a priori, sed ambae saltem appellationibus distinguuntur.

II.

Superficiarius ius in ipsum solum, etiam contra dominum, habet.

III.

Superficiarius eandem potestatem & easdem actiones, quas emphyteuta, habet.

In explicatione doctrinae de superficiebus illa statim a limine occurrit quaestio, sitne aliquod inter superficiem & emphyteusin discrimen, evidens scilicet & a priori, ex quo illa ab hac dignosci clare possit. Ita aiunt communiter. Ipsi adeo iuris naturalis interpretes, atque inter hos *Pufendorffius de Iure naturae & gentium lib. 4. c. 8. §. 4.* discrimen aliquod ex lumine rationis animadvertere sibi visi sunt. Aiunt scilicet, superficiarium saltem eorum, quae solo superstruuntur, non autem ipsius soli, dominum esse, e contra emphyteutae etiam dominium utile soli competere. At enim vero istud discrimen fictitium est, atque neque in natura rei neque in legibus Romanis innititur. Inspiciamus primum rei naturam. Qui alteri in solo suo aedificare permittit, permittit ei sine dubio fodere, infigere, terram egerere, plantare, fundamentum ponere, atque adeo circa

Digitized by Google

circa ſolum ipſum quid facere, eiusque formam mutare; quum ſine iſtiusmodi mutatione ædificari nullo modo poſſit. Ergo ſuperficiarius ius habet in ipſo ſolo, non ſaltem in illis, quæ ſuperſtruuntur. Poſſet cellam ſibi facere, quæ ad centrum terræ usque pertingeret, eamque fornicibus firmare, poſſet, ſi hoc ſibi commodum crederet, infra terram habitare. Fluunt hæc ex indole negotii, neque unquam, quod credo, pacto mutata fuerunt. Quis enim fando audivit, dominum, dum ius ſuperficiei alteri conceſſit, dixiſſe: ædifica in ſolo meo, ſed cave, quidquam, præter ſupremam terræ faciem, attingas? Quum igitur ſuperficiarius naturaliter ius in ſolum ipſum habeat, videamus nunc, num leges noſtræ hoc ei adimant. Factum hoc eſt nullibi. Quod enim in *L.* 3. §. 5. *Vti poſſidetis* dicitur, dominum poſſidere ſolum, alterum vero cum ædibus ſuperficiem, in utramque partem explicari poteſt, atque huc plane non pertinet, quum ibi non de ſuperficie conſtituta, ſed de caſu, quo quis partem ædificii ſui ſuper vicini ſolo non iure proiicit, agatur. Deinde iura ipſa civilia emphyteuſin & ſuperficiem exæquant, eandemque poteſtatem, easdem actiones ſuperficiario ac emphyteutæ attribuunt, *L.* 16. §. *ult. de Pignoratitia actione*, permittunt emphyteutæ, rem ab ipſo domino vindicare, *L.* 1. §. 1. *Si ager vectigalis*, permittunt idem ſuperficiario. *L.* 1. §. 4. *de Superficiebus.* Vindicat ergo ſuperficiarius ipſum ſolum, ſine quo quippe ædes intelligi non poſſunt. Quæ quum ita ſint, apparet, nullam inter emphyteuſin & ſuperficiem differentiam eſſentialem & a priore intercedere, nec poſſe alteram ab altera dignoſci, niſi ex verbis, quibus contrahentes uſi fuerunt.

IV.

Iura ſingularia de laudemio & iure protimeſeos in emphyteuſi ſtatuta ad ſuperficiem non pertinent.

V.

Nec pœna amiſſionis in emphyteutas certis caſibus ſtatuta ſuperficiariis infligi poteſt.

Quum a priori nullum ſit inter emphyteuſin & ſuperficiem diſcrimen, ſed id totum ex verbis contrahentium pendeat, qui idem negotium vel ſuperficiem vel emphyteuſin, eandemque penſionem vel ſolarium vel canonem appellare poſſunt; videamus nunc porro, numquid tamen a poſteriore & in effectu inter utramque interſit. Et parum abeſt, quin & re ipſa nihil intereſſe credam. Nam, ut in præcedentibus iam ex *L.* 16. §. *ult. de Pignoratitia actione* oſtendi, eadem poteſtas, eædem actiones, quæ emphyteutæ, etiam ſuperficiario attribuuntur. In eo tamen differentiam agnoſco, quod iura ſingularia circa emphyteuſin ſtatuta ad ſuperficiem trahi nequeant. Sic, quæ in *L.* 3. *C. de Iure emphyt.* habentur, quod dominus ius protimeſeos, ſi emphyteuſis vendatur, habeat, eidemque quinquageſima pars pretii vel æſtimationis pro receptione novi emphyteutæ ſolvenda ſit, ad ſuperficiem non pertinet, arg. *L.* 14. & 16. *de Legibus.* Porro pœna amiſſionis, quæ certis caſibus in emphyteutas ſat rigide conſtituta eſt, notiſſimo iuris noſtri principio, quo pœnæ reſtringi iubentur, *L.* 15. §. *ult. D.* & *c.* 49. *de Regulis Iuris in* 6. ſuperficiariis infligi non poteſt. Recte ergo interpretes negant, *L.* 2. *C. de Iure emphyteutico,* & *c.* 4. *X. de Locato,* quibus emphyteuta ob non ſolutum biennio vel triennio canonem iure ſuo privatur, ad ſuperficiarios trahi poſſe.

VI.

Superficiarius ſuperficiem ſine domini conſenſu alienans, iure ſuo non excidit.

VII.

Peccat tamen, novusque ſuperficiarius cogi poteſt, ut domino ſe ſiſtat, ſeque ab eo admitti petat.

Ex

Ex eodem, quod ante memoravi, principio consequitur porro, nec *legem* 3. *C. de Iure emphyteut.* quæ emphyteutam ius suum sine domini consensu alienantem iure suo privat, in superficiariis locum habere. Nolim tamen exinde colligas, superficiarium ius suum, prorsus inconsulto domino, alienare posse, ac novo superficiario necesse non esse, ut se domino sistat, atque ab eo se admitti petat. Nunquam hoc dixerim. Diversissimæ sunt quæstiones, an superficiarius in alienatione superficiei consensu domini indigeat, & an idem, si hunc neglexerit, iure suo excidat. Priorem adfirmare, posteriorem negare sine absurditate, licet. Nam & supra dixi, superficiarium ob non solutum solarium expelli non posse. Inde tamen inferri nequit, eundem solutionem hanc pro lubitu in multos annos producere posse. Ego itaque existimo, peccare superficiarium, qui superficiem sine domini consensu in alterum transfert, atque eum, in quem ille ius suum transtulit, cogi posse, ut domino se sistat, seque ab eo recipi flagitet. Obiicietur mihi forsan *lex* 1. §. 7. *de Superficiebus*, quæ superficiem tradi, legari, donari permittit, nulla consensus domini mentione adiecta. Verum, ut cum philosophis loquar, unius positio non est alterius exclusio. Interest domini non minus in superficie, quam in emphyteusi, scire, quis in posterum in solo suo habitare, sibique quotannis pensionem persolvere debeat. Interest ipsius magnopere, ne colonus inidoneus, ganeo, rixosus, obæratus, maleficus invito sibi obtrudatur. Certior itaque ante receptionem de persona recipienda reddendus est, ut dispicere queat, consultumne sibi sit, talem, qualis offertur, suscipere. Atque sic ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃIↃCCXXVIII. responderunt: Seynd in einem Dorfe, worinnen Sempronius ein adelich Guth nebst den Ober- und Unter-Gerichten, ingleichen

die Dienste, wie auch etliche Acker-Höfe, hat, vor 16 Jahren ein gemein Back-Haus angebauet, von Sempronio der Grund und Boden dazu hergegeben, dem jedesmaligen Besitzer deshalb wöchentlich ein Tag Hand-Dienste auferlegt, auch der erste Einwohner dieses Back-Hauses aus einem andern Dorfe hergeschaffet, von diesem die Bau-Kosten hergeschossen und wieder abgewohnet, nach dessen Abtritt solches Back-Haus an zwey Einwohner des Dorfes selbst successive vor 26 Thaler jährlich verpachtet, deren letzterem aber die Pacht von der Gemeinde aufgesaget, und einem neuen ganz fremden Pachter eingethan, dieser neue Pachter hingegen von Sempronio sogleich exmittiret worden. Es wird also zu wissen verlanget: Ob der neue Pachter sich auch bey Sempronio melden, und als ein künftiger Dienst-Mann um seinen Consens, auf seinen Grund und Boden zu ziehen, sich bewerben müssen? Nun möchte vielleicht vorgewendet werden, die Rechte vergönneten demjenigen, welcher ein Gebäude auf des andern Grund und Boden stehen hat, schlechterdinges, seine superficiem auf einen andern zu transferiren, und legten ihm nirgend auf, des domini directi Einwilligung dabey zu fodern, *L.* 1. §. 7. *de Superficiebus*, folglich sey dieses auch der Gemeinde frey gestanden. Dieweil aber ein jedweder Herr wissen muß, wer auf seinem Grunde und Boden wohne, und von wem er die schuldige Dienste zu fodern habe, und daher ein grosses interesse hat, daß ihm keine untüchtig unanständige Person aufgebürdet werde; So hat dem neuen Pachter allerdinges obgelegen, sich als einen künftigen Dienst-Mann bey Sempronio zu melden, und mit dessen Bewilligung auf seinen Grund und Boden zu ziehen.

VIII.

Dominus superficiei oblatum sibi novum superficiarium ex iustis caussis repellere potest.

Hanc thesin satis illustrabit responsum a ICtis Helmstadiensibus in eadem, quam ante memoravi, caussa exaratum:

ratum: Wird angefraget: Ob Sempronius schuldig sey, den neuen Pachter, wenn er sich annoch anfinden sollte als einem Hintersassen anzunehmen, und in seinem Dorfe zu dulden? Nun scheinet zwar dieses um so viel weniger Zweifel zu haben, da ein Erb-Zinß-Herr sich nicht einmal entbrechen kann, einen neuen Erb-Zinß-Mann, der ihm offeriret wird, auf und anzunehmen, *L. ult. C. de Iure emphyteutico*, hier hingegen von einem blossen Pachter die Frage ist. Dieweil aber dennoch obiger *Lex ultima* nach der gesunden Vernunft nicht wohl anders verstanden werden kann, als daß ein dominus directus den ihm offerirten neuen Erb-Zinß Mann nicht ohne rechtmäßige Ursach abweisen könne, hingegen aus rechtmäßigen Ursachen jedermann sich weigern kann, daß ihm kein unanständiger Lehn-Erb-Zinß und Dienst-Mann obtrudiret werde, und denn der Sempronius allerdinges erhebliche Ursach hat, den neuen Pachter, Dienst-Mann und Unterthan nicht anzunehmen, da selbiger ihn so fort von Anfang verachtet, auf sein Erfodern nicht erscheinen wollen, sich wider seinen Willen in sein Guth gedrungen, Uneinigkeit zwischen ihm und seinen Unterthanen gestiftet :c. ferner die Landes-Ordnung §. 23. bis zu Einnehmung der Häuslinge der Obrigkeit Verwilligung erfodert, also implicite derselben, solche Verwilligung aus erheblichen Ursachen zu verweigern, verstattet, *L. 3. de Regulis Iuris*, *L. 40. pr. de Iudiciis*; So ist Sempronius nicht schuldig, den neuen Pachter, wenn er sich annoch anfinden sollte, als einen Hintersassen anzunehmen, und in seinem Dorfe zu dulden.

IX.

Dominus superficiei intrusum contra voluntatem suam superficiarium vi privata eiicere nequit.

X.

Tunc tamen expulsio privata in continenti recte fit, quum dominus præter dominium directum ipsam superficiem quodammodo possidet.

In ea, quæ bis iam memorata fuit, specie dominus novum superficiei habitatorem, simul ac introitum eius in solum suum compererat, deiecerat iterum, sed a deiecto actione spolii conventus restituere illum a magistratu sub mulctæ comminatione iussus erat. Quæsitum fuit, an recte. Equidem nec emphyteuseos nec superficiei dominis novum habitatorem prædii sui privatim expellere licet. Quamvis enim hic in mala fide sit, mala fides tamen privatæ violentiæ locum non facit, sed iudicio & actione nihilominus opus est. *L.* 17. *C. de Rei vindicat.* Nec prodest illis, quod cuilibet possessori possessionem suam privatim tueri & invasorem vi repellere, quin & in continenti expellere permittit in *L.* 3. §. 9. *&* *L.* 17. *de vi & vi arm.* Hoc enim tunc saltem permissum, quum possessio alicuius vere turbatur aut intervertitur. At dominus directus ipsum solum & superficiem non tenet, sed ius saltem permissum, quum possessio alicuius vere turbatur aut intervertitur. At dominus directus ipsum solum & superficiem non tenet, sed ius saltem percipiendi annuum solarium possidet. Hoc ius novus habitator nec in dubium quidem vocat, sed agnoscit lubens. Dominus itaque cum eo de iure ipso, non de possessione litigat. Porro nec hoc dominum iuvat, quod plerumque iurisdictione gaudet, atque adeo ex multorum locorum consuetudine ius etiam in propria caussa dicere potest. Vis enim publice & ex iurisdictione non fit, quæ in continenti sine caussæ cognitione, sine sententia exercetur, *L.* 2. *C. Si per vim vel alio modo*, *L.* 28. *C. de Rei vindicat.* quum, quæ iudex sine iudicio facit, tanquam privatus faciat, *c.* 7. *X.*

Digitized by Google

X. de Restit. spoliat. Verumtamen in ista, quam dixi, caussa ICti Helmstadienses a regula recesserunt, atque vim factam a domino comprobarunt. Ille enim non soli tantum, sed ipsius quoque superficiei dominus & possessor erat. Constituerat ipse primum habitatorem ac per eum aedificium fieri curarat. Deinde praeter equestre praedium agros rusticanos tenebat, horumque intuitu membrum universitatis erat, nec a communibus negotiis excludi poterat, atque, dum excludebatur, in possessione iuris sui turbabatur. Quamobrem sic responsum fuit: Wird gefraget: Ob Sempronius befugt gewesen, den neuen Pachter so fort zu exmittiren? Nun scheinet ihm zwar im Wege zu stehen, daß die Rechte alle Privat-Gewaltthätigkeit verbieten, auch keiner Gerichts-Obrigkeit verstatten, in eigenen Sachen und Streitigkeiten Richter zu seyn, und die Exsequution zu thun, wenn zumal keine genugsame Untersuchung vorher gegangen, und die Partheyen, wie allhier, weder vorgeladen noch mit ihrer Nothdurft gehöret worden. Alldieweil aber Sempronius duplicem respectum hat, und nicht allein seines adelichen Guthes und der demselben anklebenden Gerichte und Dienste halber das Ober-Haupt, sondern in Ansehung seiner zu den gemeinen Unpflichten concurrirenden Acker-Höfe zugleich ein membrum der Gemeinde ist, mithin die Gemeinde denselben zu allen die gemeinschaftliche Angelegenheiten betreffenden Handlungen, Rathschlägen und Contracten laden und ziehen muß, hiernächst die Gemeinde gleich von Anfang die freye Disposition über das Back-Haus nicht gehabt, indem der erste Einwohner desselben von Sempronio selbst herbey geschaffet worden, und denn einem jeden privato, sich in seiner rechtmäßigen Possession zu manteniren, und so gar wider diejenige, welche ihn darinn beeinträchtigen, Gewalt zu brauchen, und sie in continenti wieder auszutreiben, frey stehet, also vielmehr dem Sempronio frey gestanden, sich wider seine Unterthanen in dem bisherigen Besitze der ihm über das auf seinen Grund und Boden gebauete Back-Haus zustehenden

den Gerechtigkeit zu mainteniren, und den sich ohne sein Wissen und Willen, auch wider die Landes-Gesetze eindringenden fremden Mann, zurück zu halten, und in keine feste, ihm dem Herrn nachtheilige possession, kommen zu lassen; So ist Sempronius wohl befugt gewesen, den neuen Pächter so fort zu exmittiren.

XI.

Solarium non in pecunia numerata solum, sed in aliis quoque rebus, quin & in facto consistere potest.

Creditur vulgo solarium, quod ex superficie præstatur, non nisi in pecunia numerata consistere posse, forsan ad exemplum locationis, in qua mercedis loco itidem pecunia numerata exigitur, §. 2. *I. de Emt. & vendit.* §. 2. *I. de Locat. & conduct.* Et plerumque hoc in facto sic contingit. Quemadmodum tamen in locatione & conductione nonnunquam aliæ res pro mercede admittuntur, *L.* 21. *C. de Locato*, ita & in superficie. Quin imo factum quoque pro solario admittimus. Nam, quæ de solario agunt, *lege* 2. §. 17. *Ne quid in loco publico*, 15. *Qui potiores in pignore*, 39. §. 5. *de Legatis* 1. nihil certi constituunt. Itaque ICti Helmstadienses in responsis supra memoratis superficiem esse responderunt, in qua habitator se domino in singulas hebdomades ad unius diei operas obligarat.

COROLLARIA.

1. Leges ipsæ aliquando ius superficiarium constituunt, ut, si quis in solo publico aut civitatis sine reipublicæ vel civitatis consensu ædificat. Ei quidem ædificium, dummodo id utilitati publicæ non officiat, relinquitur, sed annuum solarium imponitur, *L.* 2. *§.* 17. *L. ult. Ne quid in loco publico, L.* 1. *C. de Diversis prædiis.* Quas leges

Digitized by Google

leges forsan non viderunt scabini Lipsienses, dum aliter apud *Carpzovium P. 3. Const. 31. def. 10. n. 8.* responderunt.

2. Antiquissimum superficiei exemplum *Iustinus* habet *lib. 18. cap. 5.* Carthaginem a Tyriis in terra Afrorum, his consentientibus, statuto annuo vectigali pro solo urbis, conditam commemorans. Id vectigal seu solarium deinde *in lib. 19. cap. 2.* stipendium urbis conditæ appellatur.

3. Communis opinio est, tunc, quum superficies perit, puta, si ædes corruant aut conflagrent, ius superficiarii exspirare, sic, ut deinde dominus soli de superficie pro lubitu queat disponere. Hoc etiam iuris naturæ esse credidit *Pufendorffius de iure naturæ & gentium lib. 4. cap. 8. §. 4.* At hæc opinio corrruit facile, si, quod *supra in medit. 2.* ostendi, supponas, superficiarium non in superficiem tantum, sed in ipsum solum ius habere. Nec obstat *lex 39. §. 2. de Damno infecto,* quæ quidem, sublata tota superficie, dominum soli in pensione percipienda fraudari ait, superficiario tamen facultatem novas ædes faciendi ac pensionem renovandi non adimit.

4. Magna est inter ICtos nostros contentio, quale sit ius, quod coloni Brunsvicenses, Hildesienses, Westphali, quos vulgo die Meyer vocant, in prædia sua habent. Et constat illud sine dubio peculiaribus iure Romano incognitis regulis. Quodsi tamen omnia accurate consideres, convenit fere cum superficie, & exiguum inter utrumque ius remanet discrimen.

Digitized by Google

SPECIMEN DX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLV. TIT. XXVI.

DE

PRECARIO

D. XIII. AVGVSTI ANNI CIↃIↃCCXXIX.
PVBLICE DEFENSVM

A

IVSTO FRIDERICO BOEHMER
HANNOVERANO.

I.

Precarii natura non in precibus, ſed in libera quandocunque revocandi poteſtate conſiſtit.

Precarium deſcribit Vlpianus in *L.* 1. *pr. de Precario*, quod precibus petendi utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui conceſſit, patitur. Deſcriptionem hanc, ut vides, preces ingrediuntur. Itaque communis opinio eſt, precarium ſine precibus eſſe non poſſe, quam & *lex* 2. §. *ult. de Precario* confirmare videtur. At vero hæc opinio contradictorem habet ICtum antiquiſſimum, *Iulium Paulum Receptarum Sent. lib.* 5. *tit.* 6. §. 11. *Precario* inquientem, *poſſidere videtur, non tantum, qui per epiſtolam, vel quacunque alia ratione hoc ſibi concedi poſtulavit, ſed & is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino, poſſedit.* Equidem *Cuiacius in notis ad hunc locum* eum de ſola redintegratione precarii explicat, putatque, patientia quidem

Digitized by Google

dem precarium redintegrari, non tamen ab initio patientia constitui, sed constituendo precario preces adhiberi oportere, aut verbis, aut scriptis. Verum Cuiacii explicatio vim facit menti Pauli, qui aperte de constitutione precarii agit, atque ab hac preces abesse posse dicit. Id quod & naturæ rei convenit. Nam essentia precarii non in precibus, quæ ad rem ipsam nihil conferunt, sed in eo consistit, quod is, qui precario dat, se obligare nolit, verum facultatem revocandi pro lubitu id, quod dat, sibi reservet. Nec definitione Vlpiani contraria moveor. Ea quippe definitio accurata non est, sed descriptio ICtorum more sat perfunctorie confecta, cui id, quod plerumque fit, insertum est. Nolo enim negare, preces plerumque in precario adhiberi. At nego, easdem in eo necessarias esse. Quamobrem precarium describendum est potius pactum, quo quis usum rei vel iuris sui alteri concedit, ita tamen, ut aperte præ se ferat, velle se facultatem revocandi quandocunque habere. Inde duo consequuntur, primum: precarium etiam esse posse, in quo preces nullæ adhibitæ fuerunt; deinde: precum adhibitionem non semper precarium facere. Vtrumque nunc latius explicabimus.

II.

Precarium est, in quo concedens sibi facultatem revocandi reservat, etsi de precibus adhibitis non constet.

III.

Illa reservatio aliquando tacita est, ut in iure familiaritatis, ex quo interdictum de precario nascitur.

Natura precarii hæc est, quod concedens id pro lubitu revocare possit. Preces ad hoc nihil faciunt. Quoniam tamen communiter concessionem precarii antecedere

ſolent, ex eo, quod plerumque fit, precarium dictum, & ab Vlpiano ſic, quemadmodum in præcedente meditatione memoravi, deſcriptum eſt. Interim, etſi preces nullæ adhibitæ aut ſaltem de iis adhibitis non conſtet, precarium tamen erit, dummodo liqueat, concedentem non in perpetuum obligari, ſed libertatem revocandi ſemper habere voluiſſe. Iſta reſervatio liberæ revocationis expreſſa quidem eſt plerumque, ſed tamen & tacita eſſe poteſt, tunc ſcilicet, quum iſtiusmodi voluntas concedentis ex circumſtantiis apparet. Huc pertinet *Lex* 41. *de Adquir. vel amitt. poſſ.* Sæpius nempe familiares familiarium ſuorum rebus iuribusque utuntur libere, nulla prece, nulla expreſſa conceſſione antegreſſa, ſaltem iure familiaritatis, ut Paulus id *d. L.* 41. loquitur. Hoc ius familiaritatis nihil aliud, quam precarium tacitum, eſt, atque utenti perfectam perpetuamque facultatem haud tribuit, nec patientem ultra, quam ille pati vult, obligat. Quamobrem is, qui alterum re uti vel in eius poſſeſſione eſſe per familiaritatem paſſus eſt, ſi deinde voluntatem mutet, hunc ſponte cedere detrectantem vi quidem expellere nequit, ſed interdicto de precario utetur, quod, probato familiaritatis iure, paratiſſimam exſequutionem habebit, arg. *L.* 2. §. 2. *de Precario.*

IV.

Precarium etiam id eſt, quod ſine precibus in contractu vel transactione conceditur, ſed ſub expreſſa beneplaciti & liberæ revocationis conditione.

Pergo ad illud precarii genus, quo quis rei ſuæ vel iuris uſum alteri non petenti pacto, transactione vel contractu concedit, ſed tamen ſimul declarat, velle ſe poenitendi ac revocandi facultatem, quandocunque libuerit, exercere. Exemplum vide in *L.* 4. *pr. de Servitutibus.* Vocatur conceſſio ad beneplacitum ex *c.* 5. *de Reſcriptis in* 6. de cuius conceſſionis natura operoſiſſime egit *Lynkerus in diſſ. de Beneplacito,*

Digitized by Google

neplacito, atque formulas Germanicas, quibus beneplacitum hoc exprimi ſolet, late enarravit, eam tamen, quam ego omnium frequentiſſime obſervo, omiſit. Principes nempe, quum quid ad beneplacitum ſuum concedunt, adiicere plerumque ſolent: bis auf weitere Verordnung; quae verba precarium manifeſto indicant, principique & ſucceſſori eius revocationem liberam reſervant, ſicut ex exemplo in *Specim. XI. de Interitu privilegiorum, medit* 3. adlato adparet. Elegantiſſimum vero precarii ſine precibus per modum contractus conceſſi exemplum occurrit in *tabulis pacis Osnabr. art.* 5. §. 39. Norunt omnes, inter praecipuas, quae pacem Weſtphalicam tardarunt, difficultates hanc fuiſſe, quod Sueci eorumque foederati incolis provinciarum Auſtriacarum liberum religionis exercitium depoſcerent, Caeſar conſtantiſſime negaret, atque, ni deſiſterent, ſe tractatus abrupturum minaretur. Cui rei tandem hoc temperamentum repertum eſt, ut tabulis haec verba infererentur: *Quod ad Comites, Barones, nobiles eorumque ſubditos in reliquis Sileſiae ducatibus, qui immediate ad Cameram Regiam ſpectant, tum etiam de praeſenti in Auſtria inferiori degentes Comites, Barones & nobiles attinet, quamvis Caeſareae Maieſtati ius reformandi exercitium religionis non minus, quam aliis regibus & principibus, competat, tamen non quidem ex pacto, ſed ad interventionem Regiae Maieſtatis Sueciae, & in gratiam intercedentium Auguſtanae Confeſſionis ſtatuum permittit, ut eiusmodi Comites, Barones & nobiles illorumque ſubditi ob profeſſionem Auguſtanae Confeſſionis loco aut bonis cedere aut emigrare non teneantur &c.* Vehementer ſuper interpretatione horum verborum diſputatum fuit. Sileſii, quorum cauſſam etiam tuetur *Henninges in Meditat. ad Inſtrum. Pacis Spec. IV.* urgent, gratiam, quae publicis tabulis promittatur, omnino obligatoriam fieri, nihilque inter pacta & eius generis gratiam re vera intereſſe; lenioribus verbis pacificatores uti voluiſſe,

ne videretur Cæsar a subiectis ad hæc coactus esse invitus. Contra *Buckisch in Commentario ad eundem* §. aliique, gratiam imperatoris hic implorari, non rem pacto firmari, aiunt, & imperatori quocunque tempore facultatem competere istam gratiam revocandi. Nobis media sententia placet. Equidem quum Imperator satis declararit, nolle se ex pacto teneri, pactum etiam, necessitas atque ius cogendi ex iis verbis exsculpi non debet. Posset ergo Cæsar, si vellet, revocare promissa. At id nec velle credendus est, quum turpe foret summo principi, datam fidem, etsi ius ex ea agendi nemo habeat, frangere.

V.

Non omne, quod precibus obtinetur, precarium est.

VI.

Qui iure suo usurus alterum, ut hoc sibi permittat, rogat, precarium propterea non contrahit.

Satis de eo precario, quod sine precibus conceditur, dictum. Nunc porro docebo, preces sine precario esse posse. Errant enim, qui credunt omnem promissionem, aut præstationem, aut permissionem precibus elicitam precarium atque ideo revocabile esse. Precatur aliquando is, qui ius cogendi & iubendi habet. Res notissima est de testatoribus, qui heredes suos precando perfecte obligant. *L.* 2. C. *Communia de legatis.* Multa sunt tributa, quæ precando indici oportet, quæ tamen propterea voluntaria non fiunt, sed refragantibus acerbissime extorquentur, quorum exempla plura recensentur in *Specim. CCCCXXXIV. de Donationibus necessariis, med.* 28. *sqq.* Sunt multis in locis rustici, qui ex vetere instituto non nisi per preces ad obsequia & operas devocari possunt, sed rogati parere necesse habent; quorum servitia propterea ad precarium referri absurdum foret. Sæpe hi, qui iure suo quid facere poterant, alium tamen, cui ius impediendi non competit, orant, ut patiatur, quod

quod pati etiam non rogatus debebat. Memorabile exemplum habet *Huberus in prælect. ad tit. π. de Servitut. urbanorum & rust. præd. n. 7.* hominis, qui fenestram in pariete suo facturus a vicino, ut sibi hoc liceret, petierat, quum tamen parietem suum aperire cuivis naturaliter liceat. Memorabo aliud exemplum. Possidet quis prædium a decimarum onere immune, sed tamen illum, qui decimarum ius in ea regione habet, per litteras orat, ne sibi molestiam faciat. Annuit hic & per aliquot annos quiescit, tandem vero in fruges invadit, & decimam avehit. Conventus de spolio damnatusque appellat, litteras adversarii profert, atque ex iis precarii vitium ei obiicit. Sed ICti Helmstadienses, qui prædium istud etiam ante preces adhibitas liberum a decimis fuisse ex actis animadvertebant, negarunt, libertatem hanc per preces in precarium conversam fuisse, atque adeo priorem sententiam mense Septembri anni CIↃ IↃ CC XXII. confirmarunt ex his rationibus: Es ist Beklagter der Klägerin den weggenommenen Zehenden zu erstatten condemniret, Klägerin in dem Besitze der Freyheit geschützet, und er ad separatum verwiesen worden. Hierüber beschweret er sich nun, und führet dagegen an, daß die Possession der Klägerin in Ansehung des ihrem verstorbenen Ehe-Manne zugestandenen precarii offenbar vitiös sey, daß solches precarium aus des abgelebten Dietrichs Schreiben am hellen Tage liege, daß alle in eben der Flur gelegene Felder dem Zehenden unterworfen seynd. Nun würden wir sonder Zweifel vor Beklagten gesprochen haben, wenn die von ihm angeführte Argumenta so beschaffen wären, daß das precarium dadurch vollkommen beygebracht würde. Alldieweil aber in dem angezogenen Schreiben kein precarium, sondern nur dieses zu finden ist, daß Dietrichs den Beklagten gebeten, seine Principalen der von undenklichen Jahren genossenen Zehend-Freyheit ferner geniessen zu lassen, und denn dergleichen Bitten, welches in allen Handlungen und Contracten gewöhnlich ist, noch lange

kein

kein precarium ausmachet, da man zumal aus dem Contexte, sonderlich dem ersten Theile des Briefes, wohl siehet, wie Dietrichs solche Freyheit nicht als eine blosse Gutheit, sondern als eine Gerechtigkeit prætendire, und nur des Herrn von der Asseburg Concession als ein Argumentum secundarium mit anführe, ferner das von der umliegenden Ländereyen hergenommene Argument durch die von Klägerin producirte Zeugen und die von selbigen bestärkte vieljährige possession der Freyheit abgelehnet wird; So hat bey dem dergestalt annoch ganz illiquiden petitorio voriges Urthel nothwendig bestätiget werden müssen.

VII.

Pactum, quod quis cum altero precibus eius inductus init, precarium tamen & revocabile non est.

Infiniti quotidie contractus celebrantur, qui initium suum ex precibus trahunt, ac nihilominus obligatorii & irrevocabiles sunt. Vide de contractu æstimatorio *L.* 17. §. 1. *de Præscriptis verbis.* In plerisque venditionibus & locationibus emtor ac conductor rogant in principio, precarium tamen, si annuat venditor & locator, non accipiunt, sed ius perfectum. Ego, quamvis quis pactum cum altero eius precibus inductus ineat, quamvis etiam instrumento inseri curet, se rogatum & sponte id promisisse, perfecte tamen obligatur, nec revocare, quod promisit, potest. Nota est regula ex *L.* 5. *C. de Obligationibus & actionibus:* Quæ ab initio fuerunt liberæ voluntatis, post promissionem fiunt necessitatis. Memorabo exemplum: Emtor ædium, a venditore enixe rogatus, huic liberam habitationem pollicetur, sed tamen instrumento emtionis inseri curat: promissionem sponte factam; deinde, ortis simultatibus, expellere vult venditorem, precarium obtendens. At denegarunt ei hanc potestatem ICti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃIↃCCXVI. sicque iudicarunt:

Digitized by Google

carunt: Daß Beklagter der Klägerin entweder eine anderweite zu ihr und ihrer Kinder Aufenthalt, auch Fortsetzung ihrer Nahrung bequeme Miethe zu verschaffen, oder jährlich 12 Reichs-Thaler zu bezahlen schuldig. V. R. W. Rat. dec. Anfänglich beschweret sich Klägerin, daß ihr nur 6 Reichs-Thaler jährlich Mieth-Gelder zuerkannt worden, da sie doch wenigstens 24 dazu haben müste. Beklagter hingegen will nicht einmal zu diesen 6 Reichs-Thalern verbunden seyn, indem er in dem Kauf-Contracte der Mutter die freye Wohnung nur freywillig versprochen. Alldieweil aber Beklagter durch sein freywillig gethanes Versprechen sich gleichwol obligat gemacht, also selbiges zurück zu nehmen, nicht vermag, und denn das gesetzte Quantum zu Anschaffung eines zur Wohnung vor 3 Personen und Fortsetzung der Nahrung bequemen Platzes nicht hinlänglich scheinet; So haben wir Beklagten am wenigsten zu graviren vermeynet, wann wir ihm die Wahl, entweder noch einmal so viel zu geben, oder aber der Klägerin eine anderweite Miethe in natura zu schaffen, auferleget.

VIII.

Princeps vel magistratus, qui precatur, ubi iubere poterat, potestatem suam non minuit, nec id, quod rogat, arbitrarium precariumque facit.

Notum est vulgare illud:
- - *stricto supplicat ense potens.*
sed solent tamen boni principes & magistratus etiam tunc, ubi iubere iure poterant, orare & preces adhibere, atque hac humanitate sua, tanquam vinculo, fortius constringere hos, qui parere necessum habent. Optime vetus auctor, nescio quis, quem *Menagius in Menagianis tom.* I. *pag.* 427. Plinium falso vocat: *Potentissimum*, inquit, *imperandi genus, rogare, quum possis imperare.* Ista tamen imperantium comi-

tas auctoritatem illorum non minuit, poteritque adeo magis ad civilitates proficuas, quam nocivas, de quibus binæ *Strykii in volum. 5. num. 7. & 8. dissertationes* exstant, referri. Nam, si rogatus sponte non sequitur, ius cogendi superest. Memorabo exemplum: Bonorum colonariorum, der Meyer-Güther, in ducatu Brunsuicensi hæc est lex, ut dominus ea colonis, quamdiu se bene gerunt, auferre nequeat, sed contractum subinde cum illis & heredibus etiam eorum, si ipsi moriantur, sub eadem pensione renovare debeat. Dominium talium bonorum sæpe ad exteros pertinet, qui tamen legibus nostris quod ad has possessiones suas sine dubio ligantur. Inter hos alienigenos dominos coenobium S. Michaelis Hildesiense est. Id olim iam colonum suum expellere, atque prædium alii durioribus conditionibus locare tentavit. Intercessit tunc Augustus Dux, & cœnobium per litteras humanissime rogavit, ne quid innovaret. Et adquievit isto quidem tempore cœnobium, sed cœpit nostra ætate experiri fortius, & cum novo colono suo in iudicio adversus veterem, ut id cederet, agere. Obtendit colonus vetus leges provinciæ. At cœnobium sibi per illas necessitatem inferri negat, profert litteras Augusti ducis, preces in illis, non iussum, contineri ostendit, sui igitur arbitrii rem esse dicit, crepat vulgata illa: Eius est nolle, qui potest velle, *L. 3. de Reg. iuris*; &: Quidquid alicuius potestati permittitur, id iuris necessitati non subiicitur. *L. 40. pr. de Iudiciis.* At ICti Helmstadienses tamen Mense Iunio anni CIↃ IↃ CCXXV. secundum reum iudicarunt: In Sachen Johann Daniel Hafners, Klägers an einem, und des Stifts St. Michaelis zu Hildesheim, Intervenientens am andern, wider den Rector Sigismund Andreas Cuno und Consorten, Beklagte am dritten Theil, erkennet das Amt Schöningen ꝛc. Daß Beklagte bey dem Meyer-Contracte zu schützen,

schützen, und von angestellter Klage zu entbinden seyn. V. R. W. Rat. dec. Beklagte sollen das in Besitz habende Land abtreten, und schützen sich dagegen mit dem ihnen daran zustehenden Meyer-Rechte. Nun ist es eine ausgemachte Sache, und zeigen es die alte von Beklagten producirte Briefe, ja die von Intervenienten selbst ad Acta gelegte Fürstliche Rescripta klar, daß das streitige Land von Anfang Meyer-Land gewesen, und von dem Closter selbst dafür gehalten worden. Also kömmt der Streit lediglich auf die Frage an, ob vielgedachtes Land dadurch, daß in den letzten Briefen statt des Worts Meyer, Pacht gesetzet worden, aufgehöret Meyer-Land zu seyn. Das Stift will solches daher behaupten, daß Beklagte diese geänderte Briefe angenommen, daß der letzte Contract jederzeit den ältern aufhebe, daß in allen Briefen die Concessionen nur auf 9 Jahre geschehen und das Stift sich die Freyheit, mit dem Lande sodann eine Aenderung zu treffen, vorbehalten, und daß der höchstselige Herzog August ehemalen dem Closter nicht befohlen, sondern nur intercedendo gebeten, das Land den alten Meyern zu lassen. Alldieweil aber die Meyer-Rechte dem ganzen Lande, und der Landes-Herrschaft zum Besten eingeführet seynd, mithin den privatis, nemlich dem Meyer und seinen Guths-Herrn, wenn solche gleich einig wären, nicht einmal frey stehet, diese iura publica aufzuheben und das Meyer-Land zum Nachtheil des gemeinen Wesens in Pacht-Land zu verkehren, hiernächst ganz nicht ungewöhnlich ist, daß ein grosser Herr das, was er befehlen kann, mit höflichen und einer Bitte ähnlichen Worten verlanget, gleichwol ihm dadurch die Macht, nachgehends Zwang-Mittel wider den andern, welcher kein Compliment verstehet, zu gebrauchen, nicht benimmt; So ist das streitige Land annoch Meyer-Guth, und mag den Beklagten ohne genugsame in hiesigen Landes-Gesetzen gegründete Ursachen nicht genommen werden.

IX.

Iudex ex æquitatis ratione eum, qui precarium hucusque concessit, damnare potest, ut id porro concedat.

Inter duos vicinos de servitute itineris lis erat. Vindicabat hanc sibi alter per prædium alterius ex iure præscriptionis. Sed apparebat ex actis, actorem, quotiescunque per fundum rei ivisset, precibus hoc a reo obtinuisse. Igitur precarii vitium præscriptioni & servitutis iuri manifeste obstabat. Testes tamen unanimiter dicebant, viam publicam, qua actori alias utendum erat, si hyems pluviosa ingrueret, imbribus sic corrumpi, ut actori exitus fere e domo sua intercludatur, nisi iter per vicini fundum pateat. Caussa ad ICtos Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CC XXIV. delata, dubitatum fuit diu. Servitus perpetua imponi non poterat, quippe qua actor nec indigebat, cui via publica per maximam anni partem sufficiebat. Aequissimum tamen erat, ut tempore etiam imbrifero ac procelloso exitum haberet. Nihil melius igitur visum fuit, quam reum damnari, ut precarium porro continuaret. Quod ut facerent ICti, moti sunt maxime argumento a maiore ad minus ducto. Dant iura nostra iudici potestatem servitutes imponendi, si videt, prædii usum sine servitute aut nullum aut difficillimum futurum. *L.* 22. §. 3. *Famil. ercisc. L. pen. pr. Si servit. vindic. L.* 44. §. *ult. de Legatis* I. Licebit ergo iudici etiam, quod minus est, cogere nempe dominum prædii, ut, quod hucusque fecit, porro se exorari patiatur, alterumque precantem tum, quum alia via non suppetit, per agros suos ire sinat. Adponam ipsa sententiæ verba: Daß zwar Beklagter mit der ihm angemutheten Servitut zu verschonen, ihm auch die Verwahrung und Bezäunung seines Hofes und Ländereyn zu verstatten, gleichwol er bey bösen Wegen den Klägern und ihren Leuten auf vorhergehendes

Ansuchen

Ansuchen den Steg bey Tage hin und wieder zu öfnen, diese hingegen sich dessen ohnschädlich zu gebrauchen schuldig, widrigen Falls, und da von einem Theile diesem entgegen gehandelt würde, entweder dem Beklagten die völlige Servitut aufgebürdet, oder Kläger alles Durchganges beraubet werden sollen. V. R. W.

X.

Obligatio perfecta exinde, quod quis officium suum hucusque non nisi rogatus fecerit, in precarium non mutatur.

XI.

Ad aggerum munitionem non soli fundorum possessores, sed incolæ etiam simplices obligantur.

In regione quadam ad Albim posita multisque inundationibus obnoxia hucusque ii, qui agros tenebant, exstructionem atque munitionem aggerum soli quidem curarant, semper tamen eos, qui tuguria nuda sine fundo inhabitabant, humaniter, ut manuariis operis laborem iuvarent, invitarant. Et paruerant invitationi huic isti habitatores, veneranturque semper ad condictum opus. Tandem vero pertæsi detrectabant obsequium, seque obligatos negabant, &, quod fecissent huc usque, precario se fecisse ac pro lubitu intermittere posse dicebant. At ICti Helmstadienses damnarunt eos tamen mense Novembri anni CIↃ IↃ CCXXIV. Ipsa nempe recta ratio omnes fluminum marisque accolas ad aggeres aquæ arcendæ necessarios faciendos reparandosve obligat, obligat ergo & casarum tuguriorumque habitatores. Id quod iuri etiam scripto convenit. In *L.* quippe 2. *C. de Immunitate nemini concedenda* non saltem iugerum numerus, sed & capitum, in reparatione aggerum spectari iubetur. Et *Speculator Saxo lib.* 2. *art.* 56. ad muniendum aggerem vocat omnes, die bey dem Damm gesessen sind. Preces igitur adhibitæ obligationem plenam & perfectam

perfectam in arbitrariam & precariam mutare non potuerunt. Adnectam ſententiæ verba: Daß diejenige Klägere, welche einen bloſſen Kothen, Kolhof und kleine Plätzgen beſitzen, mit dem würklichen Beytrage zum Teichen zu verſchonen, gleichwol mit der Hand dabey zu dienen ſchuldig. V. R. W. Rat. dec. Es beſchweren ſich Klägere, daß ſie von Beklagten bey Teich- und Damm-Arbeit zu einem würklichen Beytrage mit angehalten werden wollen, da ſie doch in vorigen Zeiten mehr nicht, als Hand-Dienſte, und dieſe noch dazu aus freyem Willen geleiſtet. Nun kommt es lediglich darauf an, ob Klägere bloſſe Köthener ſeynd, das iſt weiter nichts, als einen Kothen, Kolhof und Plätzgen am Teiche beſitzen, oder aber darüber ganze oder wenigſtens halbe Morgen brauchbaren Landes in einem Stücke inne haben. In jenem Falle genieſſen ſie ſowohl der Billigkeit als dem ziemlich beygebrachten Herkommen nach der Freyheit von dem würklichen Beytrage billig. Doch können ſie ſich der Hand-Arbeit nicht entbrechen, nachdem ja das natürliche Recht ſelbige darzu verbindet, daß ſie in gemeiner Noth die zu ihrer eigenen Wolfarth mit angeſehene Arbeit den Beklagten nicht allein über dem Halſe laſſen ſondern nach Proportion mit übernehmen; wogegen nichts thut, daß ſie bisher nur aus freyem Willen gearbeitet haben, weil dasjenige, was aus einer natürlichen Schuldigkeit ungezwungen geſchiehet, nicht ſowohl aus freyem Willen, als ex obligatione ſponte agnita herflieſſet.

XII.

Precario hodie tempus adiici poteſt.

Celſus in *L.* 12. *pr. de Precario* nullam ait eſſe vim huius conventionis, ne precarium ante certum diem accipienti auferatur. Sed *Brunnemannus ad h. l. n.* 5. iſtiusmodi pactum hodie valere ait. Brunnemannum perſtrinxit *Struvius in Deciſ. Sabbathin.* 11. *cap.* 4. refutatus iterum a genero Brunnemanni, *Strykio in Cautelis contract. ſect.* 2. *cap.* 2.

§. 5.

Digitized

§. 5. Ego cum Brunnemano sentio, putoque, omnia pacta, quæ inhonesti nihil continent sed tamen in iure Romano ex subtili quadam ratione vetantur, hodie permitti. Et exstant passim exempla precarii ad certum tempus concessi, quod ante id tempus finitum revocari non potest, &, si revocetur, opposita exceptione pacti retinebitur. Ex istis exemplis adferam nunc unum. In ducatu Neoburgico cœnobium quoddam est, Keissheim nomine, multis gravissimisque litibus, quas cum Comitibus Palatinis, ducatus Neoburgici dominis, exercuit, nobilitatum. Id cœnobium in transactione anno 1553. inita se tutelæ Ottonis Henrici, Comitis Palatini, per XXVIII. annos subiecit, atque inter cetera etiam hoc pepigit: Zum fünften, sollen auch mehr und hochgedachter, unser besonder lieber Herr und Freund, und gnädiger Herr, Herzog Otto Heinrich Pfalz-Grave ꝛc. seiner Lieb und Fürstlichen Gnaden Erben, die Landschaft und Dero Nachkommen, dem Prälaten und Convent zu Kaysheim die Gejaid mit grossen und kleinen Wildpann, auf etlichen Hölzern, ihme Prälaten zuvor aus Gnaden auch zugelassen gewesen, die acht und zwanzig Jahr, und in hinführo so lang der Schutz unabgekündt bleiben und werden wird, zu bejagen gnädiglich gestatten. Verba: aus Gnaden, gnädiglich; precarium satis ostendunt. Id tamen intra hos XXVIII. annos revocari non potuisse credo. Integram transactionem vide in dem Summarischen Berichte von des Fürstlichen Pfalz-Grävischen Klosters Keißheim *subiection anno* 1609. *edito pag.* 358. *seqq.*

XIII.

Is, qui in prædio suo alterum precantem subinde aliquid facere permittit, servitutem non constituit.

XIV.

Digitized by Google

XIV.

Tunc tamen ſervitus conſtituta cenſetur, quando is, qui preces adhibet, pro conceſſione ſibi data viciſſim quid præſtandum ſuſcipit.

Solemus ſæpe in vita communi vicino amicove precanti permittere, ut in noſtro quid faciat, idque non ſemel ſaltem, ſed bis, ter & ſæpius. Nulla inde naſcitur poſſeſſio, *L.* 41. *de Adquir. vel amitt. poſſeſſ.* nulla ſervitus, ſed poterit concedens conceſſionem pro lubitu revocare. *L.* 17. *Communia prædiorum.* Cave tamen credas, preces intervenientes conſtitutionem ſervitutis impedire. Poterit quis veram etiam ſervitutem adhibitis precibus adquirere. Fac enim, precari aliquem, ut ſibi in alieno quid facere liceat, dominum annuere quidem, ſed viciſſim quid exigere, precantem etiam id præſtandum ſuſcipere. Vera tunc erit & irrevocabilis ſervitus, cuius naturam preces ab initio adhibitæ non mutant, quemadmodum *ſupra in medit.* 7. oſtendi. Et ſic ICti Vitembergenſes Menſe Maio anni CIↃIↃCCXXXI. iudicarunt: Dieweil Kläger ſelbſt darauf articuliret, ſeine Zeugen auch ausgeſaget, daß ſein Vorfahre den Gebrauch dieſes Borns den Nachbarn titulo oneroſo, wenn ſie nemlich ſolchen zu rechte machen und mit Steinen ausſetzen würden, verſtattet, und ihnen dadurch eine wahrhafte ſervitutem aquæhauſtus gegeben, auch das vorhergehende Bitten, welches bey Käufen, Pachtungen und allen andern Contracten gewöhnlich, kein precarium ausmachet, noch dem concedenti poteſtatem revocandi giebet, ſo iſt Kläger Beklagten den Gebrauch dieſes Borns ſchlechterdings zu geſtatten ſchuldig. V. R. W.

COROLLARIA.

1. Qui precario rem ſe ab altero tenere dicit, eo ipſo alterius ius in re, quam tenet, agnoſcit, arg. *L.* 6. *§.* 2. *de Precario.*

Digitized by Google

cario. Narrabo litem olim in collegio ICtorum Vitembergensium tractatam. Præfectus Lipsiensis a senatu eius urbis locum quendam vindicabat, atque dominium probare iussus instrumentum proferebat, in quo senatus fatebatur, daß er allda mit Vergünstigung des Amts einen Schuppen gehabt. Sed tamen, quia ista confessio extraiudicialis nec satis clara erat, atque aliis argumentis haud suffulciebatur, ad dominium actoris probandum sufficere non est credita, & effecit saltem, ut iusiurandum purgationis senatui imponeretur.

2. Dicitur in *Specimine CCCCLI. de variis possidendi modis, medit.* 7. & 8. precarium possessorem detentorem magis esse, quam possessorem, habere tamen remedia possessoria contra alios, non contra concedentem. Sed restringendum hoc est ad casum, quo de precario aperte constat. Nam si detentor negat, se precario possidere, tuendus est tantisper, donec aliter precarium probet.

3. De revocatione privilegiorum late Beyerus in *tomo III. Observationum Hallens. obs.* 15. 16. 17. cuius sententia huc redit: omnia privilegia revocari posse, si utilitas hoc postulet. Probat hoc *Ludovici in Doctrina pandectarum lib.* 1. *tit.* 4. §. 11. ipse vero ultra progreditur, & gratiosorum privilegiorum revocationem quocunque tempore permittit, ex ratione, quod cum precario iuris civilis comparentur. Videtur scilicet Ludovici cum vulgo credidisse, omne id, quod precibus obtinetur, precarium & revocabile esse. Quam thesin quum in antecedentibus satis refellerim, ipsa etiam Ludovici opinio, omnia scilicet privilegia gratuita pro lubitu revocari posse, corruit.

SPECIMEN DXI.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIII. TIT. XXXIII.

DE

INTERDICTO SALVIANO.

I.

In interdicto Salviano probationes & exceptiones altioris indaginis non admittuntur, sed in petitorium reiiciuntur.

II.

Hoc discrimen inter actionem hypothecariam & interdictum nostrum adhuc hodie superest.

Ex omnibus illis, quae circa interdictum Salvianum moventur, atque magna contentione ventilantur, quaestionibus duae hae praecipuae & fere solae alicuius momenti sunt; primum, an verum discrimen inter actionem hypothecariam & interdictum Salvianum intercedat; deinde, an eius discriminis aliquis sit in foro nostro usus. *Schilterus in Exerc. ad π.* 47. §. 76. 77. 78. vetustissimo quidem iure Romano interfuisse aliquid inter actionem hypothecariam & interdictum Salvianum putat, quamdiu scilicet obsoletus ille in interdictis procedendi modus obtinuerit, ut non per viam actionis, sed mandati possessio adquireretur; deinde autem, postquam novissimo iure Romano vetus interdicendi modus sublatus & in eius locum actiones introductae sint, actionem hypothecariam ex utraque Serviana & Salviana conflatam, nullumque inter ambo remedia in

Digitized by Google

in foris nostris discrimen superesse ait. At enim vero, postquam etiam pristina interdicendi forma cessavit, remansit tamen ad nostra usque tempora illud, quod in actionibus ex interdictis celerius breviusque procedatur, probationesque & exceptiones, quæ altioris indaginis sunt, in petitorium iudicium differantur. Quod discrimen, quum iam olim inter actionem hypothecariam & interdictum Salvianum intercesserit, teste Vlpiano in *L. ult. de Salviano interdicto*, neque ullibi sublatum reperiatur, retinemus etiam hodie, atque creditori, cuius ius liquidum apparet, possessionem pignoris adiudicamus, & adversarium actione hypothecaria aut alio petitorio iudicio experiri iubemus.

III.

Eæ tamen exceptiones, quæ ex natura negotii & ex ipso instrumento obligationis fluunt, etsi altioris indaginis sint, in interdicto Salviano locum inveniunt.

IV.

Huc pertinent exceptiones excussionis, item non impleti modi.

Sententiam, quam in præcedente meditatione exposui, alii etiam ICti amplectuntur, quorum nomina collegit *Bergerus in dissert. qua iura interdicti Salviani exhibentur*, §. 16. Quin & eandem ab integris collegiis iuridicis receptam esse, ex plurimis sententiis responsisque eorum animadverto. Applicatio tamen difficultates nonnunquam parit, dum, quænam exceptiones liquidæ, quænam altioris indaginis sint, & quænam etiam ex his admitti debeant, disputatur. Commemorabo exemplum. Vasallus quidam mutuum contrahit, & bona sua omnia, atque inter hæc feudum, creditori pignorat. Consentit etiam dominus, sed sub modo, ut scilicet pecunia credita in solutionem debitorum feudalium, instaurationem ædium collapsarum & vindicationem agrorum olim a prædio avulsorum impendatur. Verum debi-

 tor,

tor, accepto mutuo, nihil horum omnium curat, ſed, conſumtis aliter numis, tandem ſine maſcula prole moritur. Reverſo itaque feudo ad dominum, creditor interdictum Salvianum inſtituit, dominus vero exceptiones excuſſionis & non impleti modi opponit. Replicat actor, exceptiones has altioris indaginis eſſe, uti re vera erant, atque adeo ab interdicto Salviano exulare. Mittuntur acta ad ICtos Altorffinos, qui creditori ſecundum indolem interdicti Salviani poſſeſſionem adiudicant, atque exceptiones iſtas tanquam turbidas in petitorium reiiciunt. Conqueritur de iniquitate huius ſententiæ dominus, & ICtos Helmſtadienſes conſulit, qui in eo quidem Altorffinis adſenſerunt, quod interdictum Salvianum recte inſtitutum fuerit, binas tamen iſtas exceptiones, quamvis eæ longiorem probationem deſiderare viderentur, admiſerunt. Rationes ex ipſo reſponſo, quod menſe Februario anni CIↃ IↃ CCXXVI. exaratum fuit, optime adparebunt: Iſt die Frau Aebtiſſin zu Val de Grace in einem von Altorf eingeholten Urthel, entweder das mit ihrem Conſenſe auf die von ihr zu Lehn rührende Güther vorgeſchoſſene Capital nebſt Zinſen dem Herrn Grafen von Clermont als Gläubigern zu bezahlen, oder denſelben in dem Beſitze der Lehn-Güther bis zu ſeiner Befriedigung zu laſſen, condemniret, hat aber dagegen Leuterung eingewendet, und will nunmehro, ob und wie weit die Leuterung gegründet, auch wie man ſich ſonſt bey dieſer Sache zu verhalten habe, des Rechten belehret ſeyn. Wenn wir nun gleich zugeſtehen, daß das interdictum Salvianum allhier ſtatt finde, ſo ſeynd doch die Urthelsfaſſer darinn zu weit gegangen, daß ſie der Frau Beklagten die reſervirte exceptiones, ehe dieſelbe ausgeführet und eine hinlängliche Friſt darzu geſetzet worden, aberkannt, oder vielmehr, wie aus den rationibus erhellet, ſie mit ſelbigen ad ſeparatum, nemlich zu dem petitorio, verwieſen. Zwar möchte vorgeſchützet werden,

eben

eben darinnen bestehe das Privilegium der interdictorum und remediorum possessoriorum, daß die exceptiones altioris indaginis darinne nicht, wie in processu ordinario, statt finden. Allein, wenn auch dieses wäre, so seynd insonderheit zwey der angehängten Exceptionen also beschaffen, daß solche unmöglich aberkannt werden können. Die erste ist exceptio excussionis, welche ex natura pignoris fliesset, *Novella 4. cap. 2.* folglich sowohl in actione hypothecaria als interdicto Salviano statt findet, demnach darinn zur Ungebühr übergangen wird. *Ludovici in doctrina pandectarum tit. de Salviano interdicto* §. 3. Die zweyte Exceptio sub- & obreptionis, non sequuti implementi, nullitatis, wird aus dem von Herrn Klägern selbst zum Grunde seiner Klage gesetzten lehnherrlichen Consensu, worinnen die ausdrückliche Condition, das Darlehn zu Ablegung des Stetteritzischen Capitals, Erbauung der abgebrandten Gebäude und Wiedereinlösung der abgerissenen Lehn-Stücke anzuwenden, enthalten ist, hergenommen, und ist also in dem Instrumente selbst, woraus geklaget wird, und in natura nogotii fundiret, dergleichen exceptiones, die aus dem Klag Libelle und dessen Beylagen in die Augen fallen, sonder allen Zweifel zugelassen und keinesweges unter dem Scheine eines altioris indaginis verworfen werden müssen. *Bergerus in Electis processus exsequutivi* §. 29. 30. 32. 34. *Griebner in principiis processus iudiciarii lib. 2. cap.* 4. §. 8. Wir sehen auch nicht, wie Herr Kläger gegen diese Exception vorschützen könne, er habe sich darum, ob das Geld zu obigem Gebrauche angewendet worden, nicht zu bekümmern gehabt, da ja ein jeder, der aus einem Contracte ein Recht behaupten und klagen will, zuförderst dahin sehen muß, daß auch dem Contracte auf der andern Seite ein Genügen geschehen, und, ehe er solches geschehen zu seyn beweiset, kein ius agendi hat. *Martini in Analect. forens. tit.* 39. §. 1. *n.* 434. & 435. Auch thuts nichts dargegen, daß die Emploirung des Geldes zu dem vorgeschriebenen

Gebrauche nicht von ihm, sondern von dem Schuldener dependiret, dessen factum er zu præstiren nicht gehalten sey; indem die exceptio implementi non sequuti, nach dem Zeugnisse *Berlichii in Decis.* 175. auch einem tertio im Wege stehet, und unsere Rechte in vielen Fällen erfodern, daß derjenige, welcher einem andern Geld leihet, dahin sehen und erweisen muß, daß das Geld wohl angewendet worden, wie hiervon die Exempel in *L.* 27. *de Rebus creditis* und *L.* 7. §. 1. *de exercitoria actione* vorhanden seynd. Ferner mag der Beklagten nicht schaden, daß diese exceptio non sequuti implementi nicht das Darlehn selbst, sondern nur das pactum adiectum betrift, indem vielgemeldete Exception auch ratione eines pacti adiecti statt findet, wie *Bergerus in Supplement. discept. forens. P.* 1. *tit.* 5. *observ.* 10. *pag.* 46. weitläuftig ausführet, welchem *Surdus lib.* 1. *Consil.* 101. *num.* 25. und *Berlichius in Decis.* 175. *num.* 6. beytreten, welches auch der Billigkeit und den Rechten gemäß ist, nachdem die Frau Beklagte eben durch das Versprechen, die Gelder zum Nutzen des Lehns anzuwenden, sich in das Darlehn zu consentiren bewegen lassen, und widrigen Falls nicht consentiret haben würde. Bey so gestalten Sachen haben die Frau Beklagte gegen das Altorffische Urthel billig Leuterung eingewendet, und ist unrecht, daß man ihre liquide und ex natura rei fliessende exceptiones ad separatum verwiesen. Vielmehr muß gesprochen werden: Daß Herr Kläger vor allen Dingen des verstorbenen Schuldners Land-Erben gebührend zu excutiren, und, wie die in dem Consens-Briefe enthaltene Conditiones erfüllet worden, zu erweisen verbunden, inzwischen aber, und bis er beydes gethan, den Besitz der verpfändeten Länderey der Frau Beklagten und ihrem Lehn-Manne zu überlassen schuldig sey.

V.

Digitized by Google

V.

Interdictum Salvianum non solis locatoribus prædiorum rusticorum, sed omnibus creditoribus datur.

Disputatur acriter, an interdictum Salvianum, quod ab initio pro solis locatoribus prædiorum rusticorum introductum fuit, deinde & ad alios creditores extensum sit, atque adeo hodie ex quolibet pignore detur. Scrupulum movent ista *legis* 1. *C. de Precario* verba: *adversus conductorem debitoremve*, in quibus vocem VE alii disiunctive, uti ea communiter accipitur, alii cum *Brunnemanno*, *Zoesio*, *Donello* secundum *L.* 53. *pr de Verb. sign.* copulative & explicative interpretantur, ut adeo sensus sit: Salvianum interdictum contra colonum, qui simul debitor sit, dari. Et posteriori huic opinioni ipse olim *in dissert. de Interdictis*, quam pene puer elaboravi & Vitembergæ præsidente *Straussio* publice proposui, §. 16. defendi. At nunc in aliam partem eo, & interdictum nostrum quibusvis creditoribus tribuo, tum ob similitudinem rationis, tum quod a nativa vocis VE significatione temere recedendum non sit, tum, quod in diversa interpretatione vox *debitorem* prorsus superflua est, tum denique, quod Iulianus in *L.* 1. *de Salv. interd.* interdictum nostrum etiam adversus tertium possessorem extendit. Eandem ICtorum Helmstadiensium sententiam esse, ex responso eorum, quod ante attuli, elucet.

COROLLARIUM.

Optima præscribitur cautio in *L.* 1. *§.* 4. *Quod legatorum*, ut creditor pignus persequuturus interdictum Salvianum cum actione hypothecaria alternative in libello coniungat; quo facto, iudex eam, quæ actori magis proficua est, eligit. *L.* 66. *de Iudiciis.*

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN DXII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLIV. TIT. I.

DE

EXCEPTIONIBVS.

I.

Reus exceptionibus dilatoriis, etsi liquidæ sint, eventualem litis contestationem subiicere debet.

II.

Subiicienda ea est etiam exceptioni libelli inepti, etsi legitime oppositæ.

III.

Excipiuntur solæ exceptiones declinatoriæ.

Iure vetere reus, qui exceptiones dilatorias habebat, litis contestationem impune, donec illis plene satisfactum, differebat. Id vero primum iure Saxonico, scilicet in *C. El.* 3. *P.* 1. & *Ordinatione processus tit.* 11. deinde ad exemplum iuris Saxonici etiam in *Recessu imperii de anno* 1654. qui maximam partem e Saxonicis legibus, commodante operam suam legato Saxonico, confectus est §. 37. 40. salubriter mutatum & constitutum est, ut exceptionibus dilatoriis semper litis contestatio eventualis subiiciatur. Excipiuntur tamen utrobique exceptiones declinatoriæ, ut, iis oppositis, litem simul contestari non sit necesse. Vocamus nempe exceptiones declinatorias, quæ ad hoc tendunt, ut caussa a præsente iudicio ad aliud remittatur, ut iudicis incompetentis, præventionis &c. Aliæ ergo exceptiones dilatoriæ, quamquam certæ & liquidæ, hoc tamen privilegium non habent. Interrogabantur ICti Helmstadienses mense

Digitized by Google

mense Februario anni CIↃ IↃ CCXXV. auctoresne essent reo cuidam, cui exceptio inepti libelli suppetebat, ut, ea opposita, litis contestationem detrectaret. Et vitium quidem libelli in oculos incurrebat. Sed leges nostræ præcipiunt iudici, ut ineptum quoque libellum, quantum potest, emendet ipse, ac nihilominus secundum eum iudicet. *L. un. C. Vt quæ desunt advocatis partium, c. 6. X. de Iudiciis, Rec. Imperii de an.* 1551. §. 31. 32. Itaque responsum fuit, melius facturum reum, si exceptioni inepti libelli tamen litis contestationem subiiceret: Weil der Libell gleichwol nicht gänzlich über den Haufen gehet, sondern von dem Richter benigna interpretatione sustiniret und in der Sache ordinarie procediret wird; so wird der Anwald wohl thun, wenn er vor Abfassung des Urthels annoch mit einer Schrift einkommt, und darinnen vorstellet, daß seine hohe Principalin zwar ihrer angeführten exceptioni non rite formati libelli beständig inhærire, und darauf zu erkennen bitte, gleichwol aus Verlangen, die Endschaft dieses Processes und Verdrüßlichkeit bald zu sehen, sich eventualiter auf die Klage einlasse, jedoch exceptionem sub- & obreptionis, non sequuti implementi und nullitatis entgegen setze, mithin sich von angestellter Klage zu entbinden verlange. Iure Saxonico novo res minus dubii habet, postquam in *Ordinatione processus recognita tit.* 11. §. 1. exceptionibus etiam fori declinatoriis litis contestatio subiici iubetur.

IV.

Reus, qui litem negative contestatur & mendacii convictus est, exceptiones tamen peremtorias regulariter non amittit, sed probare adhuc potest.

V.

Nec iusiurandum super ipsa actione delatum vel relatum reo exceptiones suas adimit.

VI.

Vtrumque in electoratu Saxoniæ ſecus eſt.

Famoſa eſt *lex* 9. *C. de Exceptionibus*, quae reo intentionem actoris negare, &, poſtquam hic eam probavit, exceptiones ſuas adhuc probare permittit. Nihil novi in *h. L.* conſtituitur, etſi hoc aliqui credant, ſed ius vetus tantum repetitur & firmatur. Errat certe *Giphanius ad h. L. p.* 409. dum ſimilem huic legi reperiri non credit. Exſtat enim ſimilis, & fere clarior *lex* 43. *pr. de Reg. iuris*, ubi Vlpianus: *Nemo*, inquit, *ex his, qui negant ſe debere, prohibetur etiam alia defenſione uti, niſi lex impedit.* Vlpiano adſentit Paulus in *L.* 25. *pr. de Probationibus.* Quidquid ſit, *legis* 9. uſus adhuc hodie in foris frequens eſt. Duæ ſaltem ei communiter adduntur limitationes; prima, quando reus excipiens intentionem actoris malitioſe inficiatur, quia tunc in pœnam mendacii exceptiones ſuas omnes amittit; ſecunda, quando ſuper ipſa actoris intentione iusiurandum delatum eſt, quoniam iurisiurandi delatio ſit inſtar transactionis. *L.* 2. *de iureiurando.* Vtramque limitationem exponit pluribus probatque *Io. Samuel Strykius in diſſert. de Excipiente non confeſſo memb.* 2. §. 22. 23. Neutra mihi ex iis placet. Prioris fundamentum poſitum eſt in errore, quo inducti multi credunt, generale ius eſſe, ut, qui litem per mendacium negative conteſtatur, exceptiones ſuas amittat. Quem errorem exploſi ſupra in *Specimine LXXXII. de Litis conteſtatione, medit.* 5. atque oſtendi, hanc pœnam univerſalem non eſſe, ſed certis tantum caſibus, ſcilicet qui in *Auth. Contra qui propriam C. de non num. pec. L.* 67. §. 3. *Pro ſocio, L.* 10. §. 1. *de Fideiuſſoribus* recenſeantur, ſtatutam ad alios extendi non poſſe. Deinde, quod ad iurisiurandi delationem attinet, fateor, illam transactionis ſpeciem eſſe. Sed transactiones ſtrictiſſime interpretandæ, neque ad ea, de quibus tranſigentes tunc non cogitarunt, trahendæ

Digitized by Google

dæ ſunt. *L.* 47. §. 1. *de Pactis*, *L.* 24. & 31. *de Transactionibus.* Litigatores vero, dum ſuper libello iusiurandum delatum fuit, de exceptionibus tranſigere in animum non induxerunt. Quamobrem ICti Helmſtadienſes utramque limitationem reiiciunt, ac ſimpliciter ſecundum *L.* 9. *C. de Exceptionibus* reſpondent. Memorabo exemplum: Adoleſcens de ſtupro conventus negat ſtuprum, atque actrici ſimul exceptionem fornicationis cum aliis opponit. Hæc reo ſuper ſtupro iusiurandum defert, ille refert. Comprobat relationem magiſtratus, atque actricem iurare iubet. Parata illa ad iurandum, intercedit reus, negat, mulierculam vilem, infamem, ad iurandum admitti poſſe, ac præterea exceptionem ſuam repetit, & non obſcure probat. Actrix rem iudicatam, qua ſibi iusiurandum impoſitum ſit, urget, & exceptionem oppoſitam propter litem per mendacium negative conteſtatam & transactionem, quæ relationi iurisiurandi implicite inſit, periiſſe ait. Acta ad ICtos Helmſtadienſes menſe Octobri anni CIↃ IↃ CC XXVII. mittuntur. Hi quidem iusiurandum relatum revocari poſſe negarunt, ſed tamen eo nunc opus eſſe amplius, haud crediderunt. Exceptio enim fornicationis evidens ex actis erat. Neque eam per litis conteſtationem negativam & iurisiurandi relationem amiſerat reus, ſicut ex ſuperioribus patet. Quamobrem ſic iudicatum fuit: Würde Dorothea Zachariſen ihre im Amte Alvensleben gethane Auſſage endlich beſtärken, ſo wird Beklagter von angeſtellter Klage entbunden, jedoch werden die beyderſeits verurſachte Unkoſten gegen einander aufgehoben. V. R. W. Rat. dec. Wir ſeynd zwar darinne mit vorigen Urthel- und Beſcheid-Verfaſſern einig, daß Beklagter den ehemaligen referirten und bereits in der Appellations-Inſtanz rechtskräftig beſtätigten Eyd nicht wiederrufen könne, da er zumal nichts angeführet, wodurch Klägerin eines zu befürchtenden Meyneydes genugſam verdächtig gemacht würde, indem ſie ja wol ein liederlich Menſch

seyn, und doch bey Beklagtem gelegen haben kann. Allein, wenn sie den referirten Eyd gleich abgeleget, so bleibet doch die Frage übrig, ob Beklagter nicht mit der exceptione fornicationis cum aliis gehöret werden müsse. Dieses halten wir allerdings dafür, in Erwegung, daß die Rechte einen Beklagten mit dem Beweise seiner Exceptionen alsdenn, wenn Kläger seine Intention genugsam dargethan, erst zulassen. Es scheinet demnach, ob hätte zuforderst auf Abschwerung des referirten Eydes erkannt, und sodann Beklagtem der ordentliche Beweis obgedachter Exception auferleget werden sollen. Alldieweil aber der Eyd, im Fall diese Exception beygebracht wird, ganz vergebens ist, und der Name Gottes dadurch unnützlich geführet wird, hiernächst in dieser summarischen Sache einen weitläuftigen ordentlichen Beweis zu verhängen unbillig ist, ferner aus den bey den Acten befindlichen eydlichen und andern Zeugnissen und den in der Klage selbst vorkommenden Umständen genugsam erhellet, daß Klägerin ein gailes, wildes und freches Mensch, auch aus einer liederlichen Familie sey, wodurch der Zacharisen im Amte Alvensleben gethane Aussage von der würklich getriebenen Unzucht vollkommen suppliret wird, also Klägerinn, daferne die Zacharisen die Aussage eydlich bestärket, vor ganz überzeuget zu achten ist; So haben wir nach Innhalt unsers Urthels gesprochen. In Electoratu Saxoniæ tamen utrobique secus est. Ibi enim in der Erläuterung und Verbesserung der *Process*-Ordnung *tit.* 16. §. 3. constitutum, ut exceptiones propter mendacium generaliter amittantur, & post iusiurandum super libello ipso delatum cessent.

VII.

Exceptio praeventionis cessat, quando iudicium, in quo lis cœpta fuit, est clausum.

Notissima est exceptio præventionis, quæ locum tunc habet, quum duorum tribunalium iurisdictio in una caussa concurrit, atque lis in altero eorum iam cœpta, atque adhuc

huc pendens ad alterum trahitur. Sedes eius eſt in *L.* 30. *de Iudiciis.* Circa hanc exceptionem illuſtris controverſia in principio huius ſæculi mota fuit. Quum nempe iuſtitium eſſet in Camera Imperii, & diu adhuc duraturum videretur, urbs Norimberga litem de vectigalibus a multis iam annis in Camera cum gente Brandenburgica exercitam ad iudicium Imperii aulicum deferebat, atque citationem facile obtinebat, periculum in mora prætexens. Brandenburgenſes ad comitia confugiebant, atque ibi quæſtionem, utrum exceptio præventionis, durante quamvis in Camera iuſtitio, ſibi competat, proponebant. Reſponderunt Ordines, exceptionem præventionis per iuſtitium non excludi. Contra Cæſar, ceſſare illam tempore iuſtitii, reſcripſit. Narrat hanc litem *Munchmayr in Iure publico P.* 1. *c.* 28. *p.* 686. 687. 689. ſed plenius *Faber* in der Staats-Canzeley *P.* 12. *c.* 3. Ego in iſtiusmodi controverſiis ſemper Virgilianum illud: *Non noſtrum, inter vos tantas componere lites,* uſurpo, atque argumentum, quod Ordines Imperii ex *Receſſu Imperii de anno* 1654. §. 166. & *Capitulatione Ioſephina* §. 41. deſumſerunt, graviſſimum eſſe confiteor, generaliter tamen exiſtimo, exceptionem præventionis ceſſare, quando iudicium, in quo lis cœpta fuit, eſt clauſum, nec apertura eius tam cito ſperatur. Si enim, ut *Grotius de Iure belli ac pacis lib.* 1. *cap.* 3. §. 2. recte ait, tempore iuſtitii etiam ſibi ipſi ius dicere licet, licebit multo magis, cauſſam ad aliud iudicium, quam in quo litigari cœptum, trahere. Firmat ſententiam meam *Boehmerus in diſſert. de Eo, quod iuſtum eſt, durante iuſtitio,* qui, etſi quæſtionem hanc non tangit, in alia tamen longe difficiliore ſtatuit, poſſe Principem Imperii, durante Cameræ iuſtitio, cauſſas civium ſuorum ad Cameram devolutas vel ibi introducendas ad forum ſuum retrahere, aut per delegatos iudices decidere.

Digitized by Google

VIII.

Replicam libello inſeri, nunquam eſt neceſſarium.

Multas ſubtiles & inutiles obſervationes ac cautelas pragmatici in forum invexerunt, quæ iuſtitiam non iuvant, ſed morantur, atque adeo, quantum fieri debet, eliminandæ ſunt iterum. Sed iſtæ eliminatio deinde difficilis eſt, quum opinio aliqua ſemel in obſervantia radices egit. Videbimus exemplum. Ait *Bergerus in Electis proceſſus exſecutivi* §. 48. *in Electis Diſcept. for. pag.* 1087. *& in Oeconomia iuris pag.* 999. actori, contra quem reus exceptionem liquidam habet, neceſſe eſſe, replicam, ſi quae ipſi adverſus illam exceptionem in promtu ſit, confeſtim libello inſerere; alias, ſi actor hoc neglexerit, atque replicam poſtea demum exceptioni oppoſuerit, abſolvi reum, atque actorem cum replica ſua ad ſeparatum iudicium ablegari. Quam ſingularem obſervationem ipſe olim, quum primum iudiciis & collegiis adſidere inciperem, egregiam reputavi ac ſubinde ſecundum illam iudicavi & reſpondi. Ex multis unum exemplum referam. Coheres coheredem actione familiæ erciſcundæ convenit. Reus exceptionem transactionis opponit, ac ſtatim inſtrumento publico firmat. Actor replicat, ſe dolo ad iſtam transactionem inductum atque per eam enormiter læſum, idque ſe probaturum pollicetur. At iudex ex principiis, quæ modo dixi, abſolvit reum. Appellat actor. Conſulti ICti Vitembergenſes menſe Maio anni CIↃIↃCCXI. me referente & novam illam doctrinam graviter tuente, confirmarunt primam ſententiam ex his rationibus: Der Klägere fürnehmſtes Gravamen beſtehet darinnen, daß ſie mit ihrer Klage abgewieſen, und Beklagte von derſelben entbunden und losgeſprochen worden. Alldieweil aber Beklagte die exceptionem transactionis und factæ iam diviſionis iudicialis vorgeſchützet, ſolche auch durch das bey den Actis primæ inſtantiæ in Ab-

ſchrift

schrift befindliche und damalen originaliter producirte document bestärket; Hingegen die exceptiones læsionis und omissi inventarii, weil solche der Klage selbst per modum replicæ nicht inseriret worden, wider ein in continenti liquides document, dadurch litis ingressus verhindert wird, keine statt finden, sondern in absonderlichem Processe an und ausgeführet werden müssen; So haben wir, solches gravaminis ungeachtet, das vorige Urthel confirmiret. At nunc errorem agnosco, &, corrigi sententiam atque actori probationem replicæ suæ imponi debuisse, video. Illa enim sententia, quæ replicam in separatum iudicium reiiciebat, neutri parti proderat, sed nocebat magis, quum præter necessitatem ex uno iudicio duo faceret, morasque & sumtus augeret. Quid enim quæso emolumenti reo ex tali absolutione obvenire poterat, quæ actionem non perimebat, sed differebat saltem? Prævidebat aperte, interiecto aliquot annorum vel mensium spatio, post exhibitionem alius libelli, post iteratam citationem, post novam litis contestationem iudicatum iri: Klägerin solle den dolum und die læsion erweisen. Ita vero statim iudicari potuisset. Sed sic reo voluptas denuo in iudicio comparendi & litem contestandi, iudici vero plures sportulæ ademtæ fuissent. Quod quam iniquum sit, unusquisque videt. Sed obiicient nobis forsan adversarii *c. 1. de Litis contest. in 6.* in quo reus exceptionem, quæ litis ingressum impediat, obiiciens a necessitate litem contestandi liberatur. Verum hoc capitulum de casu agit, quo exceptio istiusmodi in continenti liquida actionem totam evidenter perimit. Aliud ergo dicendum, si ea per replicam oppositam turbida & controversa reddatur.

SPE-

SPECIMEN DXIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLIV. TIT. I. DE EXCEPTIONIBVS LIQVIDIS.

I.

Inter divisiones exceptionum præcipua est in liquidas & illiquidas.

II.

Ea & in iure naturæ & in iure Romano fundata est.

Qui commentarios de exceptionibus scribunt, magnam laboris sui partem in explicandis variis exceptionum divisionibus ponunt. Notæ scilicet sunt divisiones exceptionum in iuris & facti, in nominatas & innominatas, in civiles & prætorias, in personales, reales & mixtas, in temporales & perpetuas, in dilatorias & peremtorias. At istæ divisiones omnes, si solam ultimam excipias, nullius aut saltem exigui in foro momenti sunt, atque adeo impune negligi poterant. Præstabat, divisionem illam inter exceptiones liquidas & illiquidas, quæ summæ utilitatis est, atque tamen a multis commentatoribus, antiquis præsertim, prorsus omittitur, ab aliis perfunctorie memoratur, diligentius explicari. Negligentiæ eius duæ sunt caussæ; prima, quod divisio hæc noviter invecta atque prisci iuris Romani conditoribus incognita fuisse vulgo creditur; altera, quod ea non pro universali habetur, atque ad solas exceptiones peremtorias restringitur. Ita enim communiter: Exceptiones sunt vel dilatoriæ vel peremtoriæ; peremtoriæ vel liquidæ vel illiquidæ. Vtrumque falsum est. Divisio inter exceptiones liquidas & illiquidas in ipsa æquitate & recta ratione fundata priscis

ICtis

ICtis Romanis ignota esse non potuit. Certe Vlpianus eam non ignoravit, sed clarissime proposuit in *L.* 3. §. 13. *Ad exhibendum*, quae adeo sedes quodammodo huius doctrinae in iure Romano est.

III.

Discrimen inter exceptiones liquidas & illiquidas etiam ad exceptiones dilatorias pertinet.

IV.

Exceptiones infamiae & similes, si liquidae sint, contra procuratores, curatores &c. admittuntur, si illiquidae, reiiciuntur.

Dicam & de altero errore, quo vulgo creditur, divisionem inter exceptiones liquidas & illiqnidas ad exceptiones dilatorias non pertinere. Pertinet utique. Nam si aequitas naturalis & recta ratio flagitat, ne caussis celerem expeditionem poscentibus mora per exceptiones difficiliores & altioris quaestionis iniiciatur, hoc magis etiam ad exceptiones dilatorias, quarum iactura facilior est, referri oportet. Agnovi id olim iam, & in *Specimine LXXII. de Foro domicilii, medit.* 9. dixi: Consultum est, exceptiones dilatorias, quantum fieri potest, praescindi, &, si talis opponatur, quae dubia est & in utramque partem disputari potest, nullam potius eius rationem haberi, quam admittendo illam ambages & expensas multiplicari. Facimus hoc potissimum in exceptionibus fori declinatoriis, maxime si observamus, rei non multum interesse, utrum lis in hoc aut illo iudicio tractetur, sed exceptionem eiusmodi iudicium sine fructu morari. Adsentit mihi Iustinianus, dum in §. *ult. I. de Exceptionibus* exceptionem infamiae procuratoribus opponi vetat, ne, dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur. Non est credibile, Iustinianum infames

mes promiſcue ad officium procuratoris admittere voluiſſe; ſed verba poſtrema ſat indicant, eum tunc ſaltem exceptioni huic locum denegaſſe, quando per altercationem de ea ipſius negotii diſceptatio proteletur. Recte ergo *Strykius in Vſu moderno titulo de Procuratoribus* §. 19. admittit ex mente Iuſtiniani exceptionem infamiæ, quando ea eſt notoria, vel in continenti demonſtranda, forte per productam de crimine famoſo ſententiam condemnatoriam. Quod adhuc hodie uſu ſervamus, & exceptiones infamiæ ceterasque, quæ procuratoribus, curatoribus, tutoribus opponuntur, ſi altiorem quæſtionem habeant, reiicimus. Commemorabo exemplum: Comparet in iudicio mulieris nomine curator, cui adverſarius exceptionem inadmiſſibilitatis propterea, quod & inquiſitioni obnoxius & a praxi ſuſpenſus ſit, opponit. Curator & inquiſitionem & ſuſpenſionem fatetur, & utramque ſibi, ſi procuratorem ageret, obſtituram ait, neutra vero ſe a curatoris officio excludi contendit. Qua ratione motus iudex exceptionem inadmiſſibilitatis reiecit. Appellat adverſarius. Iudex ſuperior ſententiam primi iudicis confirmat. Leuteratur, & acta ad ICtos Helmſtadienſes menſe Auguſto anni CIƆ IƆ CC XXVII. mittuntur. Illi quidem credebant, ſuſpenſionem a praxi etiam ad officium curatoris pertinere, arg. *L.* 9. §. 4. *de Pœnis.* Vide *Specimen L I. de his, qui ab advocatione arcentur, medit.* 3. Sed prævidebant facile, ſi ſententiam correxiſſent, curatorem leuteraturum, & altercatione frivola ipſius negotii diſceptationem longius protelaturum. Itaque quum animadverterent, adverſario ex admiſſione curatoris, etſi inquiſitioni obnoxii & a praxi ſuſpenſi, parum damni impendere, admiſerunt illum denuo: Daß D. Treiber in dieſer Sache als Curator weiter zuzulaſſen. V. R. W. Rat. dec. Klägere haben die Beklagte, ihre Groß-Mutter, wegen einer vorgenommenen ungleichen Theilung der Güter in Anſpruch genommen, wogegen dieſe, ohne

ſich

sich auf die Klage einzulassen, durch ihren Curatorem D. Treibern exceptionem rei judicatæ vorgeschützet. Darauf hat der Scheerische Vormund in der Haupt-Sache weiter nichts gethan, sondern nur blos wider die Zulassung des D. Treibers, als eines in der Inquisition stehenden und a praxi suspendirten Mannes, protestiret, auch eventualiter an die Fürstliche Regierung appelliret. In der Appellations-Instanz ist solche Appellation verworfen, und die Remission der Acten zu anderweiter Verschickung über der Haupt-Sache erkannt worden. Nun stehet den Leuteranten hauptsächlich im Wege, daß die exceptio infamiæ und inadmissibilitatis alsdenn, wenn sie noch zweifelhaftig ist und in altiore indagine beruhet, nicht zugelassen, noch die Haupt-Sache dadurch aufgehalten werden solle, da man zumal eben nicht siehet, was vor ein sonderlicher Nachtheil den Scheerischen Kindern aus solcher Admission erwachsen könne, und der Schade, den sie aus der Appellation und Leuterung durch Aufwendung vieler Unkosten und Verzögerung der Haupt-Sache leiden, vermuthlich grösser ist, als derjenige, den ihnen D. Treiber, wenn sie sich gleich mit ihm eingelassen hätten, zufügen können. Und aus dieser Ursache, sonderlich, damit die arme Scheerische Kinder durch die zwischen beyderseitigen Advocaten waltende Animosität und den daher rührenden Disput nicht länger aufgehalten und in grössere Unkosten gestürzet werden, haben wir es lieber, so viel D. Treibers Admission betrift, bey vorigem Urthel lassen, als durch eine reformatoriam zu einer neuen Leuterung und weiterem Verschleife der Sache Anlaß geben wollen, ob wir wol sonst in der That dafür halten, daß derjenige, welchem die praxis untersaget ist, zwar in aussergerichtlichen Handlungen ein Curator seyn könne, in Gerichten hingegen vor seine Curanden nicht zuzulassen sey.

V.

Aestimatio exceptionum, sinte liquidæ an illiquidæ, ex arbitrio iudicis pendet.

VI.

Instrumenta clara probationem liquidam faciunt.

VII.

Item iurisiurandi delatio.

VIII.

Non vero testes, nisi æquitas & circumstantiæ id singulariter suadeant.

IX.

Coniecturæ aliquando liquido probant.

X.

Iusiurandum quoque suppletorium in probatione liquida admitti potest.

Venio nunc ad principalem in hac doctrina quæstionem, quænam scilicet sit probatio in continenti liquida. Nihil certi hic iura determinant, sed expressis verbis in *L.* 3. §. 13. *Ad exhibendum* arbitrio iudicis committunt, exceptiones æstimare, si qua evidens sit, ut facile repellat agentem; aut obscurior, vel quæ habeat altiorem quæstionem. Ius Saxonicum paulo clarius *in Decisione electorali*, de exceptionibus his agens, ait, so in *continenti* und auf frischen Fuß durch unleugbare Urkunden, oder sonsten *ex Actis*, oder eigenem Bekenntniß des Gegentheils dergestalt erweislich seynd, daß es also ferneren Zeugnisses nicht bedürfe; sed tamen arbitrium iudicis non penitus excludit. Nolumus igitur istud arbitrium arctis limitibus circumscribere, quos sua cuique magistratui religio ponere optime potest. Id per se patet, probationem liquidissimam ex instrumentis claris & indubiis desumi. Deinde iurisiuran-

risiurandi delationem huc referendam esse, ostendi in *Specimine CXXXV. de Iurisiurandi delatione, medit.* 2. quamvis in Saxonia aliud constitutum sit per *Resolutiones gravaminum de anno* 1661. *tit. Iustitien*-Sachen §. 5. Testes vero, quorum examen & moram poscit, & disputationes parit, ad illiquidas probationes de iure & communi & Saxonico per modo memoratum §. 5. pertinent. Nec dissentiunt a me *Mevius P.* 8. *dec.* 315. & *Brunnem. in Processu civil. cap.* 1. *n.* 53. sed ipsi regulam, quod probatio per testes sit illiquida, firmant, addunt saltem exceptionem, posse nempe aliquando iudicem, æquitate & circumstantiis id poscentibus, testes pro probatione liquida admittere; qua in re lubenter illis adsentio, ut, si reus vel statim rotulum testium iam ante a iudice examinatorum offerat, vel eos etiam in continenti examinandos producat, sed viros idoneos & fide dignos Denique quum probatio artificialis, quæ per coniecturas & probabilia indicia fit, vera probatio sit, atque in caussis gravissimis admittatur, *L.* 9. *C. de Rei vindicatione, c.* 27. *X. de Testibus*, quin imo in caussis criminalibus sufficiat, *L.* 6. *de Accusationibus, L. ult. C. de Probationibus*, tunc etiam, quando probatio in continenti liquida desideratur, coniecturas & indicia maxime verisimilia locum invenire posse, credo. Et longius progredior, nec semper, ut per coniecturas istas plena fides fiat, desidero, sed semiplenam quoque probationem ad effectum iurisiurandi suppletorii admitto, quippe quod iudex, inspectis personarum & caussæ circumstantiis, semper actori deferre potest, *c. ult.* §. 1. *X. de Iureiurando*. Atque sic in casu, quo debitor ex cambio conventus exceptiones metus, doli, pecuniæ non numeratæ & usurariæ pravitatis obiiciebat, atque probationis loco coniecturas gravissimas commemorabat, ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIƆ IƆ CC XXVII. responderunt: Hat ein Jude von Gonsalvo, einem Studioso, unterschiedene auf 1148. Rthlr. lau-

tende Wechsel-Briefe, ungeachtet die ihm gegebene valuta höchstens nur 300 Reichs-Thaler betragen, ausgestellet bekommen, auch darauf einen Captur-Befehl ausgebracht, und Gonsalvum, welcher sich hier und dar incognito aufgehalten, verfolget, endlich attrapiret und so lange privatim arrestiret, bis er eine neue auf 1608 Rthlr. lautende Verschreibung ausgestellet; wannenhero zu wissen verlanget wird, ob die von Gonsalvo ausgestellte Wechsel, wie die übrige sämmtlich, vor ungültig zu achten. Nun wird zwar der Jude vorschützen, Gonsalvus sey zur Zeit, da er die letzte Obligation ausgestellet, kein Studiosus mehr gewesen, auch könnten die übrige von demselben eingewandte exceptiones metus, doli, valutæ non acceptæ und usurariæ pravitatis aus keinem Instrumento guarentigionato erwiesen werden, die im Jahre 1720 ausgestellte Verschreibung hingegen sey von Gonsalvo nach seines Vatern Tode gegeben worden, und habe eben kein äusserliches vitium, wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob wären die ausgestellte Wechsel und Verschreibung wenigstens in processu cambiali und exsecutivo vor gültig zu achten und keine von obigen exceptionibus darwider zu admittiren. Alldieweil aber der metus und dolus fast niemalen durch documenta, sondern jederzeit durch indicia und wahrscheinliche Umstände und coniecturas erwiesen werden muß, gestalt denn die Rechte hierunter einem Iudici anbefehlen, in dergleichen schwer zu erweisenden Fällen sich nicht an gewisse Regeln zu binden, sondern nach seinem Gewissen und der Billigkeit zu gehen, und ex probabilibus indiciis die zweifelhafte Sachen zu entscheiden, und denn, bey genauer Betrachtung aller bey dieser Sache vorkommenden Umstände, ein Richter an dem von dem Juden begangenen dolo fast nicht zweifeln kann, wenn er erweget, daß der debitor ein leichtgläubiger Mensch ist, und sich schon von andern zu Ausstellung vieler nachgehends ungültig befundener Wechsel-Briefe überreden lassen, daß kurze Zeit vorher, ehe die neue Verschreibung datiret, die Gerichte auf ergangenen gnädigsten Befehl alle des Gonsalvi Gläubiger citiret, die von ihnen

ihnen producirte Wechsel-Briefe untersuchet und nichtig erkläret, daß der Jude dieser Citation nicht pariret, sondern heimlich einen Captur-Befehl ausgebracht, daß die alte zur Zeit der väterlichen Gewalt ausgestellte also ungültige Wechsel-Briefe noch vorhanden, daß in selbigen des Correi Name ausgestrichen worden, und daß gleichwol Gonsalvus in der neuen Verschreibung eben diesen Correum bis zu gänzlicher Befriedigung des Judens in seinem Guthe sitzen zu lassen versprochen, mithin die collusio zwischen diesem und dem Juden deutlich hervor scheinet, daß die neue Obligation die in den alten Wechseln enthaltene Summen mit einigen 100 Reichs-Thalern übersteiget, und daß endlich der Creditor ein vermöge der Reichs-Gesetze de usuraria pravitate verdächtiger Jude sey, auch vermuthlich sein Geld mit so grosser Gefahr einem jungen Menschen ohne merklichen Wucher und Vortheil nicht hingeliehen haben werde; So halten wir dafür, es werde die Obrigkeit auf die exceptiones, insonderheit doli, metus, non acceptæ valutæ, usurariæ pravitatis ein Absehen richten, und solche gestalten Sachen nach, da ohnedes in Wechsel-Sachen nicht nach den apicibus iuris, sondern nach der Billigkeit gesprochen und betrüglichen Leuten die Gelegenheit, sich des Wechsel-Rechtes zu Vervortheilung anderer zu gebrauchen, abgeschnitten werden soll, entweder vor völlig, oder doch vor mehr als halb erwiesen ad effectum suppletorii erkennen.

XI.

Eæ etiam exceptiones liquidæ sunt, quæ reo ex natura negotii competunt, quamvis actori onus probandi replicam imponunt.

XII.

Huc pertinent exceptiones non sequuti implementi, non numeratæ pecuniæ, præscriptionis, excussionis &c.

Ope-

Operosa est *Bergeri in Electis processus exsecut.* §. 29. *sqq.* disputatio, quousque exceptio non sequuti implementi in processu exsequutivo contra instrumentum guarentigiatum admittatur. Et concludit tandem, admitti illam oportere, siquidem de contractu bilaterali æquali lis sit, non etiam si de inæquali. Porro in §. 43. de exceptione non numeratæ pecuniæ agit, atque hanc quoque ex usu fori admittit, simul tamen hunc ipsum fori usum damnat, adsentiente *Griebnero in Principiis processus lib.* 2. *cap.* 4. §. *ult.* At enim vero ego has similesque exceptiones liquidas in continenti reputo, atque eis in processu exsequutivo simpliciter locum facio. Scilicet, ut exceptio liquida dicatur, ad hoc solum respicitur, utrum vel ex instrumento, vel ex negotii natura, vel ex adversarii confessione liqueat, eam reo competere. Si de hoc constat, iudex eam ubivis admittit, neque curat, quod actor replicam altioris indaginis contra alleget. Rem optime exemplo illustrabo. Agit quis ex chirographo ante XL. annos concepto. Reus excipit: præscripsi. Actor replicat: interrupi præscriptionem. Non dubitavit iudex exceptionem præscriptionis pro liquida reputare, quamvis replica actorem difficillimis probationibus involvat. Adplicemus hæc ad exceptiones non sequuti implementi, & non numeratæ pecuniæ. Agit emtor ex instrumento emtionis. Venditor excipit: tu debes ante omnia solvere pretium. Emtor replicat: solvi. Hic non exceptio, sed replica illiquida est; quod ipsum efficere nequit, ut exceptio etiam pro illiquida reputetur. Igitur sic statuo: omnis exceptio liquida est, quam reus vel ex instrumento vel ex negotii natura desumit, tametsi replica, quam actor contra habet, longam probationem desideret. Infinita eius rei quotidie occurrunt exempla. Fideiussor ex instrumento fideiussionis convenitur; excipit: excute tu prius debitorem. Replicat creditor: excussi. Difficillimum hoc probatu est; exceptio

Digitized by Google

ceptio tamen tanquam illiquida reiici non poteſt. Huc pertinet ſpecies in *Specim. DXI. de Interdicto Salviano, medit.* 3. & 4. relata. Dominus feudi in pignorationem feudi publico inſtrumento conſenſerat, ſed adiecerat modum, ut creditum in certos uſus verteretur. Mortuo vaſallo debitore, dominus a creditore conventus exceptionem non impleti modi opponit. Quæſitum, an hæc liquida eſſet. Affirmarunt ICti Helmſtadienſes. Etſi enim per illam actor operoſæ probationi implicaretur, hoc tamen reo, cuius ius excipiendi ex ipſo inſtrumento apparebat, nocere non poterat. Comprobat ſententiam meam *Ord. Proceſſus Saxonici recognita in Appendice* §. 4. ſed tamen §. 8. exceptioni non numeratæ pecuniæ in proceſſu exſequutivo locum denegat.

XIII.

Exceptiones litis finitæ non admittuntur ante litis conteſtationem, niſi ſint liquidæ.

XIV.

Iudex, qui exceptionem illiquidam ante litis conteſtationem oppoſitam ſimpliciter reiicit, tacite tamen eam poſt litem conteſtatam reſervaſſe cenſetur.

Exceptionibus rei iudicatæ, transactionis, iurisiurandi, ſingulare hoc privilegium in *c.* 1. *de litis conteſt. in* 6. datur, ut, quum ceteræ exceptiones peremtoriæ ante litem conteſtatam non admittantur, hæ tamen litis conteſtationem impediant. Verum hoc privilegium uſu fori ad nihilum redigitur, dum conſtanti iudiciorum uſu receptum eſt, ut omnes exceptiones peremtoriæ liquidæ ante litem conteſtatam obiici poſſint, hæ vero tres exceptiones, ſi altiorem probationem habeant, poſt litis conteſtationem reiiciantur. Scio quidem, diſſentire *Strykium in Introd. ad praxin c.* 16. §. 3. atque iſtas exceptiones admittere, tametſi non ſint in continenti probabiles. *Nihil enim,* ait, *ſingulare conſtituiſſet Pontifex in c.* 1. *de Lit. Cont. in* 6.

Admittendæ ergo ſemper, earumque ordinaria probatio iniungenda, in qua ſi defecerit reus, demum ad litis conteſtationem obligatur. Non diffiteor, iſtud Strykii argumentum magni ponderis eſſe, ad quod hæc ſola reſponſio ſuppetit, quam habet *Ludovici* in der Einleitung zum *Civil-Proceſs c.* 14. §. 3. conſtitutionem Pontificis praxi hodierna mutatam, ſeu, ut magis iuridice loquar, interpretatione uſuali temperatam fuiſſe. Et accedimus huic praxi eo lubentius, quo plus æquitatis illa habet & moras iudiciorum amputat. Conſentit mecum *Mevius P.* 3. *dec.* 225. item *Ordinatio proceſſus Saxonici vetus tit.* 11. §. 7. per *recognitam* §. 4. confirmata. Et ſic iudicarunt ICti Vitembergenſes menſe Martio anni CIↃ IↃ CCIX. Es wird die exceptio transactionis noch zur Unzeit vorgeſchützet, angeſehen ſolche, da ſie nicht in continenti erweislich, erſt nach der Einlaſſung fürzubringen und zu beantworten iſt; & Helmſtadienſes menſe Martio anni CIↃ IↃ CCXXII. Ob wol dieſe exceptio rei iudicatæ deswegen vor unzuläßig geachtet werden möchte, daß die Herzogliche Regierung die deshalben von Beklagten eingewandte Leuterung verworfen; ſo iſt dieſe Reiection nur dergeſtalt zu verſtehen, daß Beklagte ſich ſolcher Exceptionen nicht ad litis ingreſſum impediendum weiter bedienen, ſondern zuförderſt den Krieg Rechtens befeſtigen ſollen, wodurch ihnen denn die Macht, vielgemeldete Exception der Kriegs-Befeſtigung zerſtörlicher Weiſe anzuhängen nicht abgeſchnitten iſt. Ex ultimo hoc iudicio patet, rectius quidem facere iudicem atque dubitationes omnes tollere, qui, dum exceptiones illiquidas ante litem conteſtatam oppoſitas reiicit, easdem ſimul reo poſt litis conteſtationem expreſſim reſervat. Sed, etſi non reſervarit, verum ſimpliciter reiecerit, atque litem conteſtari iuſſerit, ſalvæ tamen manent reo, quippe cui iudex beneficium lege tributum adimere nec potuit, nec voluiſſe cenſendus eſt.

SPE-

SPECIMEN DXIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLIV. TIT. II.

DE

EXCEPTIONE REI IVDICATAE.

I.

Exceptio rei iudicatæ locum habet, quamvis actio a priore diversa instituatur, dummodo eadem caussa agendi subsit.

Inter exceptiones peremtorias primum locum meretur exceptio rei iudicatæ, quoniam & probatu facillima est, in actis nempe publicis innixa, & vim atque auctoritatem maximam etiam contra rescripta principis, *L. 3. C. Sent. rescind. non poss.* & contra instrumenta noviter reperta, si ex his litem dubiam instaurari oportet, habet. *L. 4. C. de Re iudic.* Et interest publici, ne res iudicatæ convellantur. Quare magistratibus inprimis curæ esse debet, ut id nec directe nec per obliquas artes fieri permittant. Solent enim nonnunquam hi, quibus res iudicatæ obstant, fucum facere, quo eas eludant. Commemorabo exemplum. Conventus quis actione depositi, quod ante XL. annos susceperat, opposita exceptione præscriptionis absolutus fuerat. Ea sententia frustra per leuterationes atque appellationes oppugnata tandem vim rei iudicatæ acceperat. Tum actor, omissa actione depositi, ad condictionem sine caussa confugit. Pecunia, ait, ex *L. 32. de Rebus creditis*, mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum & æquum est. At enim vero nihil ei hæc ars apud ICtos

Helmſtadienſes profecit. Norant illi quidem ex *L. ult. de Except. rei iud.* exceptionem rei iudicatæ non obſtare ei, qui primum rei vindicatione expertus ſuccubuit, deinde condictionem inſtituit. Verum eius legis ratio non eſt diverſum actionis nomen, ſed diverſa agendi cauſſa. Hanc inſpici oportet inprimis, quum de exceptione rei iudicatæ iudicandum eſt. *L.* 11. §. 2. *de Exc. rei iud.* Diverſitas actionum hic non attenditur, quum ſæpe diverſæ actiones ex uno fonte & cauſſa profluant, atque adeo ſe mutuo invicem tollant. Clare Vlpianus in *L.* 43. §. 1. *de Regulis iuris: Quoties*, inquit, *concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet.* Adde *L.* 7. §. 4. *de Except. rei iud.* Itaque ſic menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CC XXVIII. reſponſum fuit; Haben Burgermeiſtere und Rath zu Hamburg in den Jahren 1671. und 1672. 2860 Reichs-Thaler an die Haſſelſche Wittwe in Braunſchweig mit dem Befehl, ſolche an Herrn Baron von Trautmann zu bezahlen, übermachet. Allein es iſt zwiſchen der Stadt Hamburg und hochgedachten Herrn Barons Erben nach der Zeit Streit entſtanden, auch nicht eher, als im Jahre 1720. beygeleget worden; Da endlich die Freyherrliche Erben wider die Haſſelſche Erben Klage erhoben, jedoch in einem eingeholten Urthel wegen der ihnen entgegen geſetzten Verjährung abgewieſen, ſolches Urthel auch in der Leuterung und Appellation beſtätiget worden. Es entſtehet alſo die Frage, ob man annoch condictionem ſine cauſſa anſtellen könne, und exceptionem rei iudicatæ dawider nicht zu fürchten habe. Nun iſt aus den Rechten bekannt, daß demjenigen, welcher aus einer andern cauſſa agendi Klage angeſtellet, die exceptio rei iudicatæ nicht entgegen geſetzet werden könne, ingleichen, daß nach abgewieſener actione reali die condictio annoch ſtatt finde. Alldieweil aber der Unterſcheid zwiſchen der neuen und vorigen cauſſa agendi nicht in bloſſen Worten beſtehen, ſondern in re ipſa gegründet ſeyn muß, hingegen allhier

daß

das neue hervorgesuchte fundamentum agendi mit dem vorigen im Werke selbst ganz einerley ist, und beyde Klagen dariun übereinstimmen, daß die Hasselsche Erben 2860 Rthlr. dem Herrn Baron von Trautmann gehörende und von Hamburg ihrer Erblasserin anvertrauete Gelder in Händen haben und heraus geben sollen, mithin nicht das geringste zur Sache thut, ob die dieserhalben angestellte Actio depositi, mandati oder condictio sine caussa genennet werde, sondern dieses würklich auf einen Wort-Streit hinaus läuft, welcher in Teutschland um so viel weniger zu dulden ist, da man gar nicht auf den Namen der Action, sondern lediglich auf das fundamentum agendi siehet; So findet die condictio sine caussa wider die Hasselsche Erben weiter nicht statt, sondern es wird derselben exceptio rei iudicatæ billig entgegen gesetzet.

II.

Reus in processu exsequutivo absolutus, si deinde ordinarie conveniatur, exceptionem rei iudicatæ habet.

Vt exceptioni rei iudicatæ locus sit, tria requiruntur, ut eædem sint personæ, ut res eadem, denique ut eadem agendi caussa. *L.* 12. 13. 14. *pr. de Except. rei iud.* Addunt aliqui quartum, ut idem sit procedendi modus. Hæc Mevii opinio est, qui in *P.* 3. *dec.* 172. *& in P.* 6. *dec.* 278. negat, reum processu exsequutivo conventum & post iuratam instrumenti diffessionem absolutum, si deinde ordinario processu super eodem debito conveniatur, exceptione rei iudicatæ uti posse. Sed Mevium refellit operose *Bergerus in Supplem. ad Electa disc. for. Part.* 2. *pag.* 549. *sqq.* cuius rationes hic non repeto, sed iis saltem unam addo, scilicet argumentum ex *L.* 7. §. 4. *de Except. rei iud.* ubi exceptio rei iudicatæ obstare dicitur, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, quamvis alio genere iudicii.

SPECIMEN DXV.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIV. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE CRIMINVM.

I.

Præſcriptio criminum non ſaltem in iuribus Græco & Romano, ſed in ipſo iure naturæ fundata eſt.

II.

Tempus tamen præſcriptionis legibus humanis determinatur.

Præſcriptione tolli crimina eorumque pœnas, ſat notum eſt ex *L.* 12. *C. Ad L. Cornel. de falſis.* Hoc ius Romani a Græcis, apud quos Solon, teſte *Demoſthene*, crimina ſilentio vicennali exſtingui ſanxerat, accepiſſe communiter creduntur. Sed an non altius adſcendere, atque præſcriptionem delictorum ex ipſis iuris naturæ fontibus derivare licebit? Fatebor ingenue, me hoc olim non credidiſſe, ſed præſcriptionem criminum tantum iuribus humanis adſcripſiſſe. At nunc, re rectius reputata, eam in ipſo iure naturæ inniti, arbitror. Scilicet *Lauterbachius in diſſert. de Criminum præſcript.* §. 10. aliique, qui idem argumentum tractarunt, rationem, quæ legumlatores ad præſcriptionem hanc ſtabiliendam movit, ſummam aiunt eſſe factorum incertitudinem ex temporis diuturnitate provenientem, quandoquidem tempus longum oblivionem rerum inducit, atque reorum defenſionem propter interitum aut obſcurationem probationum maxime difficilem reddit. Re-

Rectiſſime.

Digitized by Google

ctiſſime. Ipſe ſupra *in Specim. CCCCLIV. de Præſcriptione in genere, medit.* 1. inter rationes, quibus præſcriptionem generaliter in iure naturæ fundatam eſſe, oſtendi, confuſionem & obſcurationem iurium ex temporis lapſu poſui; quæ ratio, quum in civilibus valeat, magis adhuc in criminalibus valere debet. Accedit ratio boni publici, quæ delictorum ante multum tempus commiſſorum memoriam ſepultam & obliteratam ſuſcitari ac renovari vetat. Obiicietur forſan: Quidquid in iure naturæ determinatum non eſt, hoc neque fundamentum in eo habet. Atqui tempus præſcriptionis in iure naturæ determinatum non eſt. Ergo &c. Reſpondetur; multa eſſe, quæ recta ratio conſtituit, & tamen non determinat, ſed prudentiæ & arbitrio hominum determinanda relinquit. Certe natura ipſa infantiam, pueritiam, adoleſcentiam, ſenectutem invicem diſtinguit. Nemo tamen ex lumine rationis annum vel diem dicet, quo quis infans, puer, adoleſcens eſſe deſinit, & vir aut ſenex fit. Porro quid acervus ſit, natura indicat; ſed quot grana acervum conſtituant, ipſi philoſophi determinare non audent. *Cicero lib. IV. Academ. quæſt. cap.* 16.

III.

Diuturnitas temporis poſt commiſſum delictum elapſi, etſi præſcriptio nondum ſit completa, poenam tamen mitigat.

Summa ſententiæ meæ, quam *in præcedente meditatione* propoſui, hæc eſt, ipſam præſcriptionem delictorum ex iure naturæ arceſſendam eſſe, tempus vero legibus humanis determinari. Nova hinc naſcitur quæſtio, quid ſtatuendum ſit tunc, quum crimen quidem iam olim commiſſum, præſcriptio tamen ob defectum brevis adhuc temporis aut alterius requiſiti nondum completa eſt. Sola quidem antiquitas temporis pœnam tollere nequit, quia lex, quæ certum

Digitized by Google

certum tempus præſcriptioni huic definivit, brevius ſine dubio excluſit. Mitigandam tamen tunc eſſe pœnam, cum *Covarruvia lib.* 2. *Variar. reſolut. cap.* 9. *n.* 2.& aliis, quos ille allegat, credo. Hoc æquitas naturalis ſuadet, cuius ratio magis ſemper, quam ſtricti iuris, habenda eſt per *L.* 8. *C. de Iudiciis.* Accedit aliquod ex *L.* 25. *pr. de Poenis*, ubi mitius puniri iubentur, qui longo tempore in reatu agunt, quam qui in recenti ſententiam accipiunt, argumentum. Equidem in diutino reatu proprie tantum illi eſſe dicuntur, quorum accuſatio diu durat, quique adeo ſecundum mores Romanos, quamdiu rei erant, ſqualore & illuvie confecti, promiſſa barba, habitu ſordido & pannoſo miſericordiam aucupabantur, ii vero, de quibus nos agimus, qui conſcientia ſaltem criminis & metu imminentis accuſationis anguntur, iis ipſis, qui in reatu ſunt, opponuntur in *L.* 7. §. 2. *de Bonis damnatorum.* Eſt tamen aliqua inter utrosque ſimilitudo, dum longinquitas temporis factum ipſum obſcurat, indignationem hominum minuit, & defenſionem difficiliorem reddit. Nimis ſeverum, inquit *Plinius lib.* 10. *ep.* 10. arbitror, reddere pœnæ poſt longum tempus pleroſque iam ſenes &, quantum adfirmatur, frugaliter & modeſte viventes. Quibus rationibus moti ICti Helmſtadienſes mulierculæ de inceſtu & adulterio cum vitrico ante XX. annos commiſſo accuſatæ & fruſtra præſcriptionem, quæ quippe interrupta fuerat, obiicienti pœnam tamen capitis lege ſtatutam remiſerunt, atque extraordinariam menſe Aprili anni CIƆIƆCCXVI. dictitarunt: Daß Inquiſitin eine Stunde lang öffentlich an den Pranger zu ſtellen, folgends nach abgeſchwornen Urpfeden des Landes ewig zu verweiſen, auch zu Erſtattung der durch dieſe Inquiſition verurſachten Unkoſten anzuhalten ſey. V. R. W. Rat. dec. Wir haben die Inquiſitin nicht ledig ſprechen können,

Digitized by Google

können, unterdessen aber mit der sonst auf die Blut-Schande und Ehebruch gesetzten Leib- und Lebens-Strafe verschonet, in Erwegung, daß der Ablauf einer geraumen Zeit post delictum commissum auch sonder præscription die ordentliche Strafe mindert.

IV.

Ignorantia magistratus præscriptionem delictorum non impedit.

V.

Præscriptio etiam in delictis maxime occultis currit, nisi magistratus eam actu aliquo interrumperit.

Præscriptio criminum anomala est maxime, atque in plerisque a communibus præscriptionum regulis recedit. Bonam fidem, iustum titulum, rem vitio carentem in ea haud desiderari, res ipsa docet. Deinde in civilibus longi temporis præscriptio non currit contra ignorantem. *Auth. Malæ fidei C. de Præscript. longi temp. Novella* 119. *cap.* 7. At præscriptionis criminalis initium simpliciter ex eo die, quo facinus admissum fuit, computatur. *L.* 29. §. 7. *Ad L. Iul. de adulteriis.* Itaque scientia magistratus non desideratur. Excipiunt quidem communiter apud *Theodorici in Iudicio criminali cap.* 10. *aph.* 7. *n.* 34. delicta ita clam & occulte perpetrata, ut ne quidem per diligentem & generalem inquisitionem in notitiam curiæ pervenire potuerint. Sed hanc quoque exceptionem non admitto aliter, quam si magistratus actu aliquo ad inquisitionem vel generalem vel specialem pertinente præscriptionem interrupit. Nam si quievit plane & tacuit, præscriptio, completo tempore, perfecta est, quoniam hic sola temporis antiquitas, & oblitterata per eam atque oppressa memoria spectatur. Sic ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CCXV. iu-

Digitized by Google

dicarunt ex his rationibus: Es ist allhier die Haupt-Frage, ob Beklagter und Mitbeklagte von der auf die Hurerey gesetzten Strafe wegen der vorgeschützten Verjährung zu entbinden seyn. Zwar scheinet ihnen im Wege zu stehen, daß nach der Meynung *Theodorici* in dergleichen Delictis, welche dergestalt heimlich begangen worden, daß der Richter durch fleißige General-Inquisition solche nicht in Erfahrung bringen können, die præscriptio gar cessire. Alldieweil aber *Lex* 29. §. 7. *Ad L. Iul. de adulter*. generaliter disponirt, daß die ad præscriptionem delictorum carnis erfoderte 5 Jahr von der Zeit, da das Delictum begangen worden, ihren Anfang nehmen sollen, demnach die Rechts-Lehrer aus solchem lege einstimmig schliessen, daß besagtes quinquennium auch ignorante iudice seinen Anfang nehme und fortlaufe; So haben wir dafür gehalten, daß die vorgeschützte Verjährung beyden Beklagten zu statten kommen müsse.

VI.

Præscriptio criminis per inquisitionem generalem, citationem, carcerem interrupta post ultimum actum iudicialem denuo currere incipit.

VII.

Præscriptio in uno iudicio interrupta nec in alio iudicio allegari potest.

Dixi in *præcedente meditatione*, posse magistratum delicti commissi præscriptionem aliquo actu interrumpere, ut si generaliter inquirat, vel delinquentem citet, aut, quod plus est, in vincula coniiciat, arg. *L.* 139. *pr. de Reg. iuris.* Quæ interruptio eum effectum habet, ut præscriptio denuo inchoanda sit, atque novum initium suum ex die, quo quid in iudicio gestum fuit, sumat, arg. *L.* 29. §. 7. *Ad L. Iuliam de adulteriis*, ibi: *ad eum diem, quo quis postulatus postulatave est.* Vide *Carpzov. quæst. crim.* 141. *n.* 53. & *Bergeri Oeconomiam iuris p.* 872. Quare quum femina ob incestum

Digitized by Google

incestum cum adulterio commissum carceri mandata, sed fuga elapsa, postea ab alio magistratu propter idem delictum ad iudicium traheretur & vicennii, ex die admissi criminis, lapsum obtenderet, audita non fuit, creditumque est, interruptionem præscriptionis a magistratu domicilii factam alii quoque magistratui, ut deprehensionis, prodesse. Secus quidem est in civilibus privatisque caussis, in quibus interruptio præscriptionis ab alio, quam qui egit, allegari nequit. *L. 2. Pro donato.* Ibi enim iura omnium inter se diversa sunt. Verum in caussis criminalibus una & communis magistratuum inquirentium & accusatorum caussa est, publica nempe vindicta & utilitas. Igitur, quod in uno iudicio gestum fuit, etiam in altero allegari potest. Vide *c. 6. X. de Accusat.* ubi reo absoluto exceptio rei iudicatæ contra alium accusatorem quoque permittitur. Et sic ICti Helmstadienses mense Aprili anni CIϽ IϽ CC XVI. iudicarunt ex his rationibus: Der Inquisitin scheinet zwar vornemlich exceptio præscriptionis zu statten zu kommen, indem eine schlechte Blut-Schande, wie alle andere Delicta carnis, binnen 5 Jahren, eine solche aber, die mit einem Ehebruche verknüpfet ist, binnen 20 Jahren præscribiret wird, welche Zeit denn von der Stunde an, da das delictum begangen worden, ungeachtet die Obrigkeit nicht die geringste Wissenschaft davon gehabt, demnach nicht inquiriren können, zu laufen anfängt. Da also das aus dem Ehebruche erzeugte Kind besage fol. 25. schon über 19 Jahr alt, dasjenige aber, so ex simplici incestu gebohren, vor 10 Jahren getaufet worden, und, daß nachgehends die Inquisitin mit ihrem Stief-Vater sich wieder fleischlich vermischet, in Actis nicht zu befinden; So gewinnet es das Ansehen, ob hätte die Inquisitin von dem angestellten Processe schlechterdinges los gesprochen werden sollen. Alldieweil aber, der Inquisitin eigenem Geständnisse nach, die Obrigkeit schon zweymal gegen sie zu inquiriren angefangen, jedoch solche Inquisition, weil sie einmal zu Destedt aus dem Ge-

fängniß gelaufen, und das zweytemal sich aus Hornburg weggemacht, nicht vollführen können, wodurch denn die Verjährung interrumpirt, und die Inquisition wiederum auf neue 20 Jahr perpetuirt worden, diesemnach hiesiger Magistrat wol berechtiget gewesen, den vor 20 Jahren begangenen Ehe-Bruch und Blut-Schande zu untersuchen und zu bestrafen; So haben wir die Inquisitin nicht ledig sprechen können.

VIII.

Per institutam ex delicto actionem civilem præscriptio caussæ criminalis non impeditur, nisi illa huic præiudicium faciat.

Ait *Bergerus in Oeconomia iuris pag.* 873. per institutum processum civilem inquisitionem perpetuari, adeo, ut reus civiliter ex delicto conventus, si interim vicennium aut in delicto carnis quinquennium labatur, nihilominus, nulla obstante præscriptione, ad iudicium criminale trahi queat. Quæ sententia verissima est, siquidem caussa civilis criminali præiudicium faciat, ut scilicet hæc ante illius finem commode tractari non possit. Cuius rei luculentissimum exemplum in Saxonia occurrit, ubi quatuordecim dierum carcer in stuprum statutus ad tres dies reducitur, si stuprator stupratam ducat. Fac ergo, stupratam civiliter agere & vel dotem vel nuptias poscere, durante vero hac actione quinquennium labi. Poterit tamen, finita actione civili, magistratus Saxonicus pœnam expetere. At hæc secus sunt tunc, quum caussa civilis criminali nullum præiudicium facit, sed hæc, illa quamvis pendente, tractari peragique potuisset. Tunc enim nullam rationem video, quæ præscriptionis cursum moretur. Memorabo exemplum. In ducatu Magdeburgico puella stuprum passa stupratorem, ut se duceret, conveniebat. Hic fatetur stuprum, sed matrimonium se promisisse negat, absolviturque post diuturnam litem,

Digitized by Google

litem, inter cuius moras quinquennium lapsum erat. Tunc demum advocatus fisci expergiscitur, atque pœnam exposcit. Sed admisere exceptionem præscriptionis ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃIↃCCXV. Namque instituta actio civilis persequutionem criminalem non morabatur. Delinquentes quippe eadem pœna, sive matrimonium sequeretur, sive non, manebat secundum *Ordinat. polit. Magdeburg. cap.* 69. §. 1. & 10. Potuisset itaque statim agere advocatus fisci, & nunc tardius veniens præscriptione submovebatur. Sic igitur iudicatum fuit: Daß Klägers Suchen der Strafe halben nicht statt habe. V. R. W. Rat. dec. Es ist allhier die Haupt-Frage, ob Beklagter und Mitbeklagte von der auf die Hurerey gesetzten Strafe, wegen der vorgeschützten Verjährung, zu entbinden seynd. Zwar scheinet ihnen des Bergeri Meynung im Wege zu stehen, welcher dafür hält, daß per institutum processum civilem der Criminal-Procesſ perpetuirt werde, wannenhero, und da die Lageßin bisher den Procesſ geführet, es das Ansehen gewinnet, ob habe selbiger verhindert, daß des Fisci action nicht præscribirt worden. Alldieweil aber der Fiscus allhier am 8. Merz 1710. an welchem Tage die Lageßin ihre Klage übergeben, von dem stupro Nachricht haben können, und nichts destoweniger bis auf den 4. Iul. 1715 und also über 5 Jahr nach erlangter, oder doch leicht zu erlangender Wissenschaft, geschwiegen, dawider ihm denn der inzwischen fortgesetzte Civil-Procesſ nicht zu statten kommt, in Erwegung, daß er, dessen ungeachtet, wenn gleich die Ehe hätte erfolgen sollen, auf eine Gefängniß- oder Geld-Strafe klagen können, demnach durch obbesagten Civil-Procesſ an Anstellung seiner Klage nicht verhindert worden; So haben wir dafür gehalten, daß die vorgeschützte Verjährung beyden Beklagten zu statten kommen müsse.

Digitized by Google

IX.

Inceſtus & adulterium ſeparatim quinquennio, coniunctim vicennio excluduntur.

Omnia delicta carnis, atque adeo etiam inceſtus & adulterium duplex, quinquennio exſtinguuntur. *L.* 29. §. 6. *Ad legem Iul. de adult.* Excipitur inceſtus adulterio coniunctus in *L.* 39. §. 5. *eod.* Vnde aliqui colligunt, eum plane inpræſcriptibilem eſſe. At ICti Helmſtadienſes, ut ſupra in *medit.* 6. retuli, iis adſentiunt, qui tunc præſcriptionem vicennii admittunt, arg. *L.* 12. *C. Ad legem Cornel. de falſis.* Ceterum in Electoratu Saxoniæ per *Conſtit.* 19. *Part.* 4. & *Dec.* 84. præſcriptio vicennalis in adulterio duplici deſideratur, in ſimplici quinquennalis ſufficit.

X.

Poenitentiam publicam per præſcriptionem tolli, contra communem opinionem oſtenditur.

Poenitentiam publicam ſeu eccleſiaſticam præſcriptione non excludi, communis ſententia eſt, teſtibus *Brunnemanno Cent.* 1. *dec.* 82. *Struvio diſſert. crim.* 16. §. 19. *Bergero in Part.* 2. *Supplem. ad Iurispr. crim. Obſerv.* 143. quam etiam ſequuti ICti Helmſtadienſes menſe Novembri anni CIↃIↃCCXV. iudicarunt: Daß zwar Klägers Suchen der Strafe halber nicht ſtatt habe, Beklagte aber zu der Kirchen-Buſſe anzuhalten ſey. Ratio eius opinionis difficilis inventu eſt. Nam quum poenitentia iſta ſolemnis vera poena ſit, & ab ipſis Pontificibus pro tali reputetur, *c.* 6. *X. de Homicidio*, præſcriptioni etiam ad inſtar aliarum poenarum obnoxia eſſe debebat, quum præſcriptio criminum, iure canonico non ſublata, per hoc ipſum tacite confirmata ſit, arg. *c.* 1. *X. de Operis novi nunciat.* Quod deinde aiunt, ſcandalum aliter aboleri non poſſe, vix reſponſionem meretur. Scandalum, quod tantopere crepant vulgo, mere eſt

Digitized by Google

est imaginarium, &, si quod vere subest, per istam celebritatem non minuitur, sed magis augetur.

XI.

Præscriptio ad delicta etiam atrociora pertinet.

XII.

Excipiuntur parricidium, partus suppositus & apostasia.

Præscriptio etsi ad omnia delicta pertinere videtur, tria tamen in ipsis legibus nostris excipiuntur, nullique præscriptioni obnoxia dicuntur, parricidium *L.* 13. *de S. C. Silan.* partus suppositus, *L.* 19. §. 1. *Ad L. Cornel. de falsis*, & apostasia *L.* 4. *C. de Apostatis*, quibus DD. communiter omnia enormia & atrocia delicta, ut perduellionem, hæresin, falsam monetam, simoniam, concussionem, blasphemiam &c. addunt. Vide *Carpzovium quæst. crim.* 141. *n.* 52. *& Struvii Iurisprudentiam lib.* 3. *tit.* 29. §. 4. Istos tamen interpretes sine lege loqui, fatetur *Lauterbachius in dissert. de Criminum præscript.* §. 23. ut adeo iisdem adsentire non audeam. Certe si generalem hanc exceptionem admittas, nova orietur controversia, quænam scilicet crimina inter atrociora sint referenda, quæ difficillimas disputationes pariet. Rectius igitur legi insistimus, atque præscriptionem ad omnia delicta, etiam quæ atrociora videntur, extendimus, & ea sola, quæ in principio nominavi, excipimus. Consensit suprema Burdegalæ curia apud *Boerium dec.* 26. atque mulierculam incendiariam, quæ in duabus ædibus ignem ante XXV. annos posuerat, a iudice inferiore capitis damnatam, sed appellantem, correcta sententia, absolvit.

XIII.

Homicidium nulla præscriptione aboletur.

Altior est & intricatior de homicidio quæstio, utrum illud præscriptione exstinguatur. Plerique hoc aiunt, & vicennium in *L.* 12. *C. Ad L. Cornel. de falsis* generaliter constitu-

Digitized by Google

conſtitutum etiam hic admittunt, idque uſu iudiciorum confirmari perhibent. Sic *Ant. Teſſaurus dec.* 208. homicidam voluntarium poſt XX. annos a ſummo ſenatu Pedemontano, *Imbertus lib.* 3. *Inſtitut. forenſ. c.* 10. *lit. a.* alium a ſummo ſenatu Pariſienſi & *Sande lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 2. alium poſt XXVIII. annos a ſenatu Friſiæ abſolutos, teſtantur. Ipſe tamen *Sande* hanc ſententiam in *præcedente def.* 1. improbat, quod & ICti Lipſienſes atque Vitembergenſes faciunt apud *Bergerum in Electis iurispr. crim. p.* 282. *ſqq.* Eadem lis menſe Maio anni CIƆ IƆ CC XXI. in Collegio ICtorum Helmſtadienſium agitata fuit. Habitabat in urbe quadam Anhaltina civis, qui miles olim fuerat, ſed, abdicatis iam diu armis, togam induerat, atque ultra XX. annos probe ac innocenter vixerat. Poſt tantum vero tempus aliquando, multis audientibus, narrat, ſe olim inter Bavaros ſtipendia feciſſe, atque a centurione ſuo per ſylvam latrociniis famoſam cum pecunia publica tranſituro comitem adſcitum cum alio commilitone, qui itidem comes fuerat, in vitam centurionis conſpiraſſe, atque hunc nihil ſuſpicantem globo in itinere traieciſſe & necaſſe, ablataque pecunia aufugiſſe. Res ad magiſtratum defertur, qui hominem confeſtim ad ſe vocat. Ille vero in principio, ſe unquam tale quid dixiſſe, negat. Convictus de dicto, factum inficiatur, ſed inprimis, præſcriptione oppoſita, prorſus de hac cauſſa in iudicio reſpondere detrectat. ICti Helmſtadienſes præſcriptionem reiecerunt, quod crederent, pœnam ab ipſo deo conſtitutam propter commentum humanum remitti non debere. Nec obſtat, quod ſupra dictum, præſcriptionem criminum etiam in iure naturæ fundatam eſſe. Tempus enim ſaltem a legumlatoribus humanis definitum eſt. Atque hi legi divinæ limites ponere non potuerunt. Accedit ex ſacro codice exemplum divinorum virorum, Davidis & Salomonis, qui religioni ſibi duxerunt,

duxerunt, Ioabum ultimo ſupplicio non adficere, quod is Abnerum triginta circiter ante annos interemiſſet. *I Regum II*, 5. 6. 31. 32. Itaque non poſſe illum iudicium detrectare iudicatum fuit: Würde Inquiſit in Gegenwart und auf vorhergehendes ernſtliches Zureden ſeines Beicht-Vaters ſich endlich reinigen, und, daß er ehemalen keinen Officirer ermordet, ſchweren, ſo wird er zwar mit der Inquiſition verſchonet, jedoch zu Erſtattung der durch gegenwärtige Unterſuchung verurſachten Unkoſten angehalten. V. R. W. Rat. dec. Wird Denunciat beſchuldiget, er habe ſich eines ehemalen in Bayriſchen Krieges-Dienſten an einem Dragoner-Capitain, Namens Kreyſeler, begangenen Meuchelmordes berühmet. Ob er nun wol exceptionem præſcriptionis, da das angegebene Delictum vor mehr als 20 Jahren begangen seyn ſoll, vorgeſchützet, folglich es das Anſehen gewinnet, ob ſey Denunciat ſchlechterdinges zu abſolviren geweſen; Alldieweil aber die von Gott ſelbſt auf die Todtſchläger geſetzte Strafe durch eine menſchliche Erfindung, dergleichen die Verjährung iſt, nicht aufgehoben werden mag, da zumal allhier kein ſimplex homicidium, ſondern ein Delictum atrociſſimum, ein Meuchel-Mord und Straſſen-Raub vorhanden, folglich nach vieler Rechts-Lehrer Meynung die Verjährung hinweg fällt; So haben wir zwar, in Anſehung der den Zeugen entgegen geſetzten Exceptionen und in Ermangelung eines Corporis delicti, auf die peinliche Frage zu erkennen, Bedenken getragen, gleichwol Denunciaten zum Reinigungs-Eyd angehalten, und ihn, wenn er auch ſolchen abſchweret, zu Erſtattung der durch ſein Berühmen verurſachten Unkoſten condemniret.

COROLLARIA.

1. Poſt completam præſcriptionem delinquens, etſi ipſe pœnam efflagitet, puniri tamen non debet. Exemplum memorabile ſacerdotis ſeptuagenarii, qui ſodomiam in prima iuventute commiſſam

fatebatur & supplicium anxie expetebat, habetur in *Appendice nova Thesauri Dedekenniani pag. 577.*

2. Qui ex facto illicito convenitur, sed præscriptionem obtendit, absolvitur quidem, simul tamen in expensas damnatur. Vide *Specimen LXXXIX. de Condemnat. victoris in expensas, medit. 9.*

SPECIMEN DXVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIV. TIT. VI.

DE

EXCEPTIONE DOLI.

I.

Discrimen vulgare inter dolum futurum & præteritum exploditur.

II.

Vterque remitti potest a sciente, neuter ab ignorante.

III.

Exceptio doli contractui opponitur, quamvis is præteritus eidemque in contractu renunciatum sit.

Notissima est iuris regula: non valere, si convenerit, ne dolus præstetur. *L.* 23. *de Regulis iuris, L.* 27. §. 3. *de Pactis, L.* 1. §. 7. *Depositi.* Hanc qui commentantur, fere omnes ad vocem: *dolus;* notant: *futurus non præteritus, præterito quippe renunciatur.* Mirum. Ego regulam supra memoratam ad omnem dolum pertinere

nere credo, nec discrimen inter præteritum & futurum facio. Illud unice interest, sciveritne is, qui renunciavit, dolum seu commissum seu committendum, an ignorarit. Si scivit, renunciatio valet, quia quilibet delictum contra se admissum pacto remittere potest. *L.* 6. §. 3. *D. L.* 18. *C. Ex quibus caussis infamia.* Nec interest, quod dolus futurus fuerit, cui quis renunciavit. Nam si scivit quis, se deceptum iri, atque in hoc consentit, circumscriptio eius ne quidem dolus dicendus est, quum consentienti iniuria nulla fiat. *Volenti*, inquiunt Augusti in *L.* 34. *C. de Transactionibus, dolus non infertur.* Obiicietur forsan, casum nunquam exstiturum esse, quo quis dolo futuro sciens renunciet. Et fateor rarius id contingere. Contingere tamen potest. Exemplum *Plautus* suppeditabit. Is *in Asinaria act.* I. *scen.* I. Demænetum patrem familias inducit, qui filio suo pecuniam poscenti gratificaturus, sed uxorem imperiosam metuens, fallaciis sibi eam extorqueri optat, atque sic cum Libano colloquitur.

DE. Viginti iam usu'st filio argenti minis.
Face, id ut paratum iam sit. LI. unde gentium?
DE. Me defraudato. LI. maxumas nugas agis,
Nisi quid tu porro uxorem defraudaveris.
DE. Qua me, qua uxorem, qua tu servum sauream
Potes, circumduce, aufer; promitto tibi,
Non offuturum, si id hodie effeceris.
Fabricare quidvis comminiscere.
Perficio argentum hodie ut habeat filius,
Amicæ quod det. LI. quid ais tu, Demænete?
Quid si forte in insidias devenero?
Tu redimis me, si me hostes interceperint?
DE. Redimam. LI. tum tu igitur aliud cura quid lubet.

Digitized by Google

Simillimum exemplum habet *Terentius in Heautontimorum act. 3. sc. 1.* At si quis ignorat, se deceptum esse vel iri, atque tamen exceptioni doli renunciat, is nihil agit, quia iniquum est, perimi pacto id, de quo cogitatum non docetur. *L. 9. §. 3. de Transactionibus.* Sic ICti Helmstadienses mense Decembri anni CIↃ IↃ CCXVII. iudicarunt ex his rationibus: Es kommt die Entscheidung gegenwärtigen Streits auf folgende Fragen an, ob Beklagte den Kläger durch listige Ueberredungen und falsche Vorstellungen, obgedachten Handel einzugehen, verleitet, und ob derselbe dieserhalben nicht ungültig, oder doch Kläger dawider, wegen seiner durch der Obrigkeit Attestat beygebrachten Einfalt und Armuth, in integrum zu restituiren sey. An der listigen Ueberredung und ungleichen Vorstellung wird niemand zweifeln, der die von dem Rathe zu Luckau angeführte Umstände nur ein wenig betrachtet, und hauptsächlich dieses ansiehet, daß Beklagte ihres verstorbenen Ehemannes Vermögen wider die Warheit so gar sehr herunter geschlagen, und dadurch, wie auch durch die vorgegebene Eilfertigkeit, Klägern übereilet, und zu Annehmung einer mit der Verlassenschaft keine Proportion habenden Summa und Cession seines Erb-Rechtes verleitet, bey welcher Bewandniß Klägern die von ihm geschehene Renunciation des bösen Betrugs und listigen Ueberredung nicht im Wege stehet, indem selbige einen gleichmäßigen Ursprung hat, und von Klägern aus Irrthum, ehe er von der Sachen wahrhaften Beschaffenheit genugsame Nachricht erhalten, geschehen; So haben wir von dem getroffenen pacto entweder ex capite doli, oder restitutionis in integrum propter simplicitatem & paupertatem abzugehen, und den vorigen Bescheid zu bestätigen genugsame Ursach gehabt.

IV.

Digitized by Google

IV.

Pactum, quo duo sibi potestatem se mutuo circumveniendi tribuunt, inter ipsos quidem paciscentes ratum est, & tam exceptionem quam actionem doli excludit, sed tamen a magistratu puniri potest.

Mirum talis pacti inter Salomonem S. Galli Abbatem, & Hattonem, Archiepiscopum Moguntinum, initi exemplum *Ekkehardus iunior de casibus S. Galli cap.* 1. *pag.* 19. habet, quod verbis eius narrabo: *Erat sodalitatis illorum, quoniam ambo acutissimi erant, ius mirabile. Nam uterque illorum, in quo alterum in verbis & in rebus per astutiam decipere posset, agere solebat: ut in cantaro quodam, quo Salomon utebatur, gemmate gravissimi ponderis aureo. Quo cum uterque, ut solebant, coram convivis aquam quasi vinum potarent: Salomon autem in conclavi vase quodam æneo mire figurato ad aquam inferendam uteretur, Hatto obiturus inter cætera viro ait: Vos illud aquæ, inquit, quo in conclavi tuo uteris, mihi, sodes, tribue. Quo hilariter annuente, Hatto pincernæ ait latenter, coppam auream domini tui, quoniam sic ego & sodalis meus, inquit, condiximus, pincernæ meo confestim offerto. Quod mox ille, uti iussus est, fecerat, ablata est coppa frauda amica interim tecta. At Salomon mensa sequenti, dum eam exegisset, deceptum se sentiens: Enimvero si vixero, idem illi modus remetietur. Postea Hatto in Italiam iturus thesauros suos sodali suo sodalis eo pacto, ut, si defunctum audiret, pro animabus amborum, quibus vellet, eos dilapidaret, abiens consignaverat. Vix mensis, ut aiunt, abiit, & mercatores ab Italia redeuntes defunctum Hattonem diffamare per nuncios præmonuit, doloreque ad horam simulato scriniis reclusis multos denarios distribuit pauperibus: fabrorum quoque copia contracta cantarum quondam suum primo dispertiens, sarcofagum illud magnificum, quod hodie miramur, S. Pelagio ex auro viri & gemmis electis compegit, martyris ossa solemniter intulit. Crucem etiam illam honorandam Sancti. Mariæ, Iutilone*

nostro anaglyphas parante ex eodem auro & gemmis mirificavit. Altare vero Sanct. Mariæ & analogiam evangelicam eiusdem fratris nostri artificio in locis congruis deaurata Hattonis sui de scriniis vestivit argento, & diptivit, ut videre est, ex auro electo. Sanct. Gallio etiam, in nullis fortuniis immemor eius, duas tabulas eburneas de eisdem scriniis, attulit, quibus alias magnitudine æquipares rarissime videre est, quasi sic dentatus elephans aliorum fuerit gigas. Rediit dives ille ab Italia ditissimus. Dispendium gazæ cum Chumo propians audiret, sodalem suum omnium hominum submurmurat versatissimum, multaque in illum, cum spiritu infremeret tristius agebat, Curiæque sibi cum multis occursantem alloqui nollet. Ita conventus est a suis. Hoc vos ludicrum Pater, si semper decuit, si per hanc aleam semper alter alterum decepistis, patere & te nunc deceptum, sicut etiam ille multoties, ut bene scimus, deceptus est. Salomone autem iuratores ei præponente, non aliter se, quam ut condixerat, egisse, vix tandem alloquio eius frui voluit. Comperto autem, quod maior pars adhuc sibi supererat, cum quietior iam aliquid esset, Salomon ait, fidei violatæ innoxium vel in hoc, sodalis, certus esse poteris, quod cantarum meum, quem mihi iure assumere possem, pro anima tua carissima primo partitus sum. Sed & amplius pace tua, sodalis, loqui liceat: bene enim & optime tecum actum noveris velim. Eleemosynæ enim, quæ obitum præcedunt, certiores & Deo sunt, quam quæ sequuntur, cariores. Modo quidem, si etiam ad tuos vivus perveneris, quod nescis, casuque, qui ignotus est, obieris, paucissima de scriniis tuis post te quidem daturi sunt tibi. Tandem in pristinam redeunt condicto mutuo sodalitatem, ut ultra neuter alterum nec serio deciperet nec ioco. Ego prius illorum pactum ratum fuisse, atque inter ipsos tam exceptionem quam actionem doli exclusisse puto. Rationem in regula ante ex *L. 34. C. de Transactionibus* memorata, quod dolus volenti non inferatur, pono. Prævidebat uterque, dum paciscebatur,

Digitized by Google

batur, alterum omnia enixe facturum, ut ipsum deciperet. Consentiebat ipse in hoc, atque damnum non invitus patiebatur; igitur non magis actionem aut exceptionem doli habebat, quam is, cui ab altero, quem provocavit, damnum infertur, actionem Aquiliam habet. Delinquebat quidem lædens pœnamque merebatur, sed non tam propter dolum, quem consensus læsi excludebat, quam propter lasciviam & petulantiam in conventione ipsa proditam. Accedit alia ratio, quod dolus cum dolo compensetur. *L.* 36. *de Dolo malo.*

V.

Ex negotio, in quo uterque dolose versatus est, neuter agere potest.

VI.

Exceptio doli per replicam doli non eliditur.

Muliercula quædam fratrem suum actione depositi convenit, & chirographum profert, in quo reus, actricem custodiæ suæ ducenta commisisse, fassus fuerat. Reus agnoscit manum suam, sed exceptionem doli subiicit, atque, se nihil unquam a sorore accepisse & schedulam istam per simulationem, ut soror illius ostentatione pinguiorem nubendi conditionem reperiret, scripsisse, ait. Curia Wolffenbuttelensis, postquam caussam hanc cognovisset, damnavit reum, tum, quod exceptio illiquida esset, atque adeo instrumento claro ac paratam exsequutionem habenti opponi non deberet, tum, quod eadem exceptio propriam excipientis turpitudinem contineret. Supplicat ab hac sententia reus, repetit exceptionem suam & actrici super ea iusiurandum defert. Atque ita quidem prior ratio tollebatur, quum iurisiurandi delatio probationibus liquidis adnumeratur, arg. *L.* 5. §. 2. *de Iureiurando.* Vide *Specim. CXXXV. de Iurisiurandi delatione, med.* 2. Sed supererat alterum dubium de propria turpitudine. Erat hæc manifesta ex parte excipientis.

pientis. Is namque: se cum sorore collusisse, ut futurum eius maritum falleret & ad nuptias illiceret; aperte fatebatur. Videbantur itaque leges huc applicandæ, quæ actiones exceptionesque propriam turpitudinem continentes repellunt. *L.* 30. *C. de Transactionibus*, *L.* 4. *C. de Revocandis donat. L.* 5. *C. de Condict. ob turpem causs.* Et denegassemus utique exceptioni huic locum, siquidem maritus, qui simulato hoc chirographo in nuptias inductus fuerat, egisset. At ille nec interveniebat quidem, sed coniugem solam agere patiebatur, quæ ipsa non in pari caussa, sed in maiore turpitudine versabatur, quoniam ex improbitate sua etiam lucrum aucupabatur, quum reus tantum de damno vitando certaret. Contra actricem hanc itaque locum inveniebat Modestini dictum, qui in *L.* 54. *de Obl. & act. Contractus*, ait, *imaginarii iuris vinculum non obtinet, quum fides facti simulatur, non intercedente veritate*; & imperatorum constitutio, quæ in *L.* 21. *C. de Transactionibus: Quæ simulate*, inquit, *geruntur, pro infectis habentur.* Adde *L.* 6. *C. Si certum pet.* Quamobrem curia sic iudicavit mense Novembri anni CIƆ IƆ CCXXVII. Daß Klägerin vor allen Dingen den ihr deferirten Eyd nach vorhergehenden des Beklagten Eyd vor Gefährde abzuschweren schuldig sey. Inprimis vero ei obstabat *lex* 4. §. 13. *de Doli mali & metus exc.* in qua contra exceptionem doli replica doli locum habere negatur, & iniquum esse dicitur, communem malitiam petitori quidem præmio, ei vero, cum quo ageretur, pœnæ esse; quum longe æquius sit, actorem ex eo, quod perfide gestum est, nihil consequi. Nec contra facit, quod dolus cum dolo compensetur. *L.* 36. *de Dolo malo.* Compensantur enim optime, siquidem actor ex actione sua nihil consequatur.

SPE-

SPECIMEN DXVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIV. TIT. IV.

DE

EXCEPTIONE METVS.

I.

Exceptio metus ſupponit metum iuſtum

II.

Iuſtus metus inepte definitur, quod ſit, qui in conſtantem virum cadit.

III.

Tota res ex prudentia iudicis pendet.

De exceptione metus pauciſſima *in titulo D. de Doli mali & metus exc.* proponuntur, ſcilicet tantum in *L.* 4. *§. pen. & ult.* Et potuiſſent iſti etiam §§. omitti, ſi modo ICtus dixiſſet, omnia in exceptione metus eadem eſſe, quae in actione quod metus cauſſa. Non repetam hic ſingula. Dicam ſaltem, metum iuſtum, qui in actione quod metus cauſſa neceſſarius eſt, etiam in exceptione deſiderari. Difficile tamen eſt, metum iuſtum definiri, quum ipſi, qui hoc tentarunt, legumlatores irriſi ſint. Caius in *L.* 6. *Quod metus cauſſa* iuſtum metum definit, qui in conſtantiſſimum hominem cadit. Infeliciter admodum, quum in vita communi conſtantia & robur mentis, quale Cato & Alexander habuerunt, non requiratur. Si vera eſt haec definitio, nullus metus iuſtus erit. Conſtantem virum, ut cum *Horatio* loquar, ſi fractus illabatur orbis, impavidum feri-

ent ruinæ. Mortis metus inanis erit, quippe qui nec in constantissimum puerum, nedum virum, cadit. Exemplum Cato Vticensis dabit, quem puerum adhuc Pompædius quidam, cuius preces ante adspernatus fuerat, prehendens atque manibus suspensum efferens per fenestram se abiecturum esse, nisi adnueret, ardente vultu & dira voce comminatus est, nec tamen illum ab incepto movere potuit. Longe tamen insulsius Honorius III. pontifex in *c.* 28. *X. de Sponsalibus* definitionem hanc repetit & ad mulieres ac sponsalia adplicat. Quanto melius Vlpianus in *L.* 3. *Ex quibus caussis maiores*, totam huius rei disquisitionem iudicis esse, & metum iustum ex adfectu metuentis intelligi debere, ait. Sed quid hoc est: ex adfectu? Scilicet, ut rem optime explicat *Brouwerus de Iure connubiorum lib. cap.* 17. *n.* 7. metu perculsi conditio, ætas, sexus, natura, consideranda sunt, an vir, an mulier: an imbecilla, an valida, an facile terreatur, an audacior, an iuvencula, an provectior ætate, an virgo, an virago. Non omnes æque impavidi sumus, atque adeo Stoici, & vasti animi, ut, si totus illaberetur orbis, impavidos ferirent ruinæ. Leporinum animal mulier est, & tenella virgo natura timida facile gravioribus minis commovetur, mentisque trepidationem sentit. *Filia*, inquit *Quintilianus Declamat.* 259. *vix nutricum minas tulerit, vel eorum, a quibus educatur, tristitiam.* Attamen sicuti non omnibus masculis idem robur circa pectus natura dedit, ita hæc audacior altera est, minusque meticulosa. Locus quoque, tempusque examinanda sunt: an die clara, an nocte concubia: an in urbe præsentibus aliis, an clam absque arbitris in loco solitario metus incussus dicatur. *L.* 23. *quod met. causs. l.* 35. *C. de transact.* Loci obscuritas & solitudo per se satis horrorem timidis animis incutiens multum auget minitantis audaciam, & deiicit metuentis constantiam. Interest quoque, an in ædibus vim inferentis,

Digitized by Google

ferentis, vel metu perculsi, res peracta dicatur. Sæpe hic coniecturis standum, sæpe testibus, & uni etiam testi rationem sui testimonii reddenti, si ei gravissima coniectura auxilio sit. Igitur fori usus definitionem Caij & Honorii III. prorsus negligit, & sæpe metum tanquam iustum admittit, etsi is in virum constantissimum non cecidisset. Vide *Specimen LVIII. de Metu, medit.* 1. 3. Ne quis tamen inde arguat, qualemcunque metum sufficere atque exceptionem dare. Contingit sæpe, ut exceptionem metus propterea, quod is vanus adparet, repellamus. Memorabo exemplum: Desponsarat quis sibi puellam, paucisque ante nuptias diebus fratrem eius adit de paterna sponsæ suæ hereditate cum eo decisurus. In tractatibus vero insolentior poscit multa, quæ iure poscere non poterat, inter alia partem agrorum, qui feudales erant, solique fratri debebantur. Hic ergo negare & adfinem futurum ab iniustis postulatis dehortari. Tum ille: ni partem, inquit, agrorum fero, nuptias non faciam. Territus his minis frater transigit cum sponso, atque in certam pecuniæ summam chirographo exceptionem metus opponit, sed, quod ea illiquida esset, damnatus solvit quidem, postea vero eandem exceptionem in reconventionem deducit, ac pro ea probanda testem nominat. Verum ICti Helmstadienses mense Iunio anni CIϽIϽCCXVIII. testem a necessitate testimonii ferendi absolverunt, quod, etsi is articulos omnes adfirmaret, metus tamen vanus actori prodesse non posset: Daß die übergebene Artickel impertinent, derowegen Leuterant Zeugniß darüber abzulegen nicht schuldig. V. R. W. Rat. dec. Wiederkläger gestehet, daß er wohl gewust, wie seiner Schwester und Schwager von den Lehn-Aeckern nichts gebühre, daß Wiederbeklagter, aller deshalb gethanen Vorstellung ungeachtet, auf seiner Foderung bestanden, und die vorgewesene Hochzeit ehe nicht vollziehen

ziehen wollen, und daß endlich Wiederkläger sich durch solche Drohung den streitigen Wechsel abzwingen lassen. Bey diesen Umständen fällt der angegebene error sonder Zweifel hinweg. Zwar wird Wiederkläger wol vorgeben, es bleibe, wenn auch der Irrthum hinweg fiele, wenigstens repetitio ex capite metus & coactionis übrig. Alldieweil aber dieses ein recht lächerlicher prætext und metus vanissimus ist, der unmöglich bey einem viro constante Pflatz finden kann, daß Wiederkläger sich befürchtet, es möchte seiner Schwester Hochzeit dadurch verschoben werden, indem sonst, wenn man dergleichen Vorwand zuliesse, einem Vater die beste Gelegenheit gegeben würde, die mit dem Schwieger-Sohn errichtete pacta dotalia und den ihm versprochenen dotem ex capite metus, daß seine Tochter sonst sitzen geblieben wäre, zu retractiren, immassen ja Wiederkläger, daferne das mit seiner Schwester getroffene Ehe-Verlöbniß richtig gewesen, den Wiederbeklagten zu dessen Vollziehung gebührend anzuhalten, genugsame und in Rechten vorgeschriebene Mittel gehabt; So haben wir, um überflüßige und unnöthige Eyde zu verhindern, den Leuteranten mit der Abhörung über die impertinenten Artikel billig verschonet.

IV.

Ad fundandam exceptionem metus malum præsens non desideratur, sed saltem metus præsens.

V.

Is, cui princeps vel iudex exsequutionem minatur, in iusto metu est, etsi ipsam exsequutionem non exspectet.

Metus justus secundum Vlpianum in *L. 9. pr. Quod metus caussa* esse nequit, nisi præsens sit. Hanc vocem: præsens; mire captant vulgo, & imminens aliquod & instans malum desiderant, nec sufficere putant tale, quod e longinquo quasi ostendatur. Is error magna sæpe errantibus mala peperit. Vt ecce: princeps quidam potens ac propositi

positi sui tenax edicit publice, ut ordines provinciarum suarum magnam quotannis pecuniæ vim conferant, atque singulis, quantum quisque dare debeat, designat. Supplicant contra ordines, atque novum hoc onus, tanquam imperii & provinciæ legibus nec non privilegiis suis contrarium, enixe deprecantur. Sed immotus princeps iterat edictum, ac refragantibus indignationem suam, præterea dupli pœnam atque exsequutionem denunciat. Perculsi ordines, postquam nihil precibus proficiunt, onus quidem subeundum esse vident, sed de hoc solo soliciti sunt, ut immunitatem & iura sua melioribus temporibus reservent, & ne aliquando ista repetituris obiiciatur, sponte ipsos in hoc tributum consensisse. Adeunt ergo ICtum, &, quid faciendum sibi sit, exquirunt. Ille vero: Ante omnia, inquit, vobis curandum est, ne exceptionem metus & violentiæ amittatis. Hanc vero perdetis, siquidem solo edicto moniti solvatis. Præsens malum esse oportet. Experimini ergo extrema omnia, & exsequutionem exspectate. Parent aliqui, maximosque sumtus & molestias, sine quibus exsequutio nunquam est, devorant. Tum vero alii prudentiores facti ICtos Helmstadienses mense Novembri anni CIↃIↃCCXVII. consulunt, qui, edictum illud comminatorium ad fundandam exceptionem vis & metus sufficere, nec exsequutione opus esse, respondent: Hat ein gewisser Fürst des Reichs seinen Land-Ständen, ungeachtet der vielen von ihnen unterthänigst gethanen Vorstellungen, das Onus, von jeglicher Hufe 10 Thaler jährlich abzuführen, aufgebürdet, auch diejenige, so sich hierinnen widerspenstig und saumselig bezeigen würden, mit harter Exsequution bedrohet, wannenhero denn die erste Frage entstehet, ob den Land-Ständen zu rathen sey, das Geld durch Exsequution eintreiben zu lassen. Nun stehet zwar zu befürchten, daß denenjenigen, welche sich dieser Last freywillig ohne vorhergehenden Zwang unter-

unterwerfen, solches dermaleinst zum præiudiz gereichen, und insonderheit alsdenn, wenn etwa nach Ablauf des Jahres die jetzige Foderung wiederholet, oder eine andere neuerliche Prætension gemachet wird, zur Consequens und Exempel angezogen, und, daß sie bereits dem Landes-Herrn das Recht und die freye Gewalt, sie mit dergleichen oneribus nach Gefallen zu beschweren, eingeräumet, vorgeworfen werden möchte, da hingegen die würklich vollstreckte Exsequution ihnen jederzeit exceptionem vis & metus an die Hand geben könnte. Alldieweil aber der natürlichen Vernunft und den geschriebenen Rechten nach ad vim & metum nicht eben eine würkliche Thätigkeit erfordert wird, sondern eine blos angedrohete, jedoch allen Umständen nach unvermeidliche Gefahr genug ist, und denn aus den beygelegten Landes-Fürstlichen Befehlen und darwider gethanen unterthänigsten Vorstellungen überflüßig erhellet, daß der Landes-Herr keine weitere Remonstration und Protestation annehmen, sondern das gefoderte quantum ohne Verzug erlegt haben, widrigen Falls zur Strafe der Widerspenstigkeit solches gedoppelt durch kostbare Exsequution eintreiben wolle, auch kein weiteres Mittel, dieses gedrohete Uebel zu hintertreiben, hervorscheinet, folglich die intendirte exceptio metus und coactionis durch obangeführte Fürstliche Befehle sattsam erwiesen wird, und kein grösserer Nutzen abzusehen ist, welcher den Land-Ständen daraus, wenn sie die Exsequution würklich abwarten, den Unwillen des Landes-Fürsten gegen sich daraus vermehren, die Exsequutions-Kosten tragen und vielleicht das duplum gedroheter Maassen zu erlegen gezwungen werden, zuwachsen könne; So halten wir dafür, es sey den Land-Ständen, die Gelder durch Exsequution eintreiben zu lassen, eben nicht zu rathen. Dubium, quod ex supra memorata voce: præsens; desumitur, explicui iam supra in *Specimine LVIII. de Metu, med.* 1. Adde *L.* 1. *Quod metus caussa*; ibi: *instantis vel futuri periculi.*

VI.

VI.

Qui coactus. quid promittit vel facit, exceptionem metus habet, etsi protestari neglexerit.

Solent hi, qui vim metumque patiuntur, dum eo inducti quid pollicentur aut faciunt, ut exceptionem metus salvam retineant, apud notarium publicum protestari, atque super hac protestatione instrumentum exigere. Quod equidem non improbo, quoniam istiusmodi instrumentum faciliorem coactionis probationem reddit. Si vero hæc aliunde probari potest, protestationis, etsi commode interponi potuisset, omissio exceptionem metus non excludit. Magis ergo miror eos, qui de necessitate protestationis persuasi, non interponi eam saltem, sed ei quoque, cui opponitur, insinuari debere credunt, magnaque sæpe mercede notarium inducunt, ut cum vitæ libertatisque suæ periculo schedam, quæ protestationem contineat, regi principive offerat. Frustra profecto. Equidem non nego, in iure nostro aliquando suaderi, aliquando etiam præcipi, ut protestatio interponatur. Vide *L.* 2. *C. de Annali exc. L.* 24. *de Neg. gestis, L.* 14. §. 7. *&* 8. *de Religiosis, L.* 1. §. 4. *Quod legatorum, Clem.* 1. *de Procuratoribus.* At enimvero istæ leges omnes supponunt actum quendam dubium, qui in detrimentum alicuius, nisi is de mente sua aut diligentia protestetur, trahi posset. Igitur, ut optime *Thomasius in diss. de Protestatione ius protestantis non conservante c.* 1. §. 5. ait, in caussis perspciuis & claris inutilis est protestatio.

VII.

Protestatio tamen ei, qui vim patitur, utilis est.

VIII.

Et valet illa, quamvis nec adversario denunciata, nec coram legitimo notario facta sit.

Dixi

Digitized by Google

Dixi in præcedente meditatione, proteſtationem ei, qui vim metumque patitur, non eſſe neceſſariam. Quia tamen vim illatam facilius probat, non diſſuadeo, ut tunc etiam, quum ſuperflua videri poterat, adhibeatur. Sed hic nova oritur quæſtio, an proteſtationem huiusmodi, ut utilis ſit, ei, contra quem interponitur, inſinuari oporteat. Deteſtationem hoc vocant ICti veteres. Ita enim Vlpianus in *L.* 40. *pr. de Verb. ſign. Deteſtatio*, inquit, *eſt denunciatio facta cum teſtatione.* Iſta deteſtatio in operis novi nunciatione neceſſaria eſt. *L.* 5. §. 2. 4. *de Operis novi nunciat.* Et poterit eam etiam adhibere is, qui vim patitur. Sed, quia plerumque alter, qui vim infert, potentiſſimus, nonnunquam princeps ipſe eſt, deteſtatio illa multum periculi habet. Nec prodeſt ſemper cautio, ut proteſtatio in formam litterarum ſupplicum redacta exhibeatur. Nam, quos ad ſummum faſtigium fortuna evexit, impotentis ſæpe ſunt animi, atque precando etiam ſibi verum dici ægre ferunt. Itaque deteſtationem ſeu inſinuationem proteſtationis impune omitti credo. Movet me, ut ſic ſentiam, & æquitas & *lex* 2. *C. de Annali except.* ubi de proteſtatione contra adverſarios in magna poteſtate conſtitutos interponenda agitur, nec tamen quidquam de inſinuatione additur. Sufficit ergo, notarium publicum adhiberi. Quin imo ſi notarii quoque potentia eius, contra quem proteſtandum eſt, abſterreantur, ſufficiunt teſtes privati. Dixi iam ſupra in *Spec. CCLXIX. de Notariis publicis, medit.* 7. tunc, quum copia notarii publici haberi nequit, ſatis eſſe, ut tres teſtes adhibeantur; de quo nunc minus dubito, poſtquam ex *Vffenbachio de Conſilio aulico cap.* 10. *ſect.* 2. *ſubiect.* 2. animadverto, in ſummis Imperii tribunalibus ipſas adeo appellationes coram honeſtis viris interpoſitas, ſi quidem notarius ſine magno periculo adiri nequeat, recipi.

Sic

Sic itaque ICti Helmſtadienſes in eodem, quem *in medit.* 4. & 5. memoravi, caſu reſponderunt: Wird gefraget, ob in dem Falle, da man die Gelder einzuſchicken gezwungen würde, die von einem jeden in ſeinem Hauſe bey Abſendung der Gelder vor Notarien und Zeugen eingelegte Proteſtation dermaleinſt die nicht freywillig, ſondern vi & coacte, geſchehene Zahlung ſattſam beweiſen könne. Wiewol es nun beſſer zu ſeyn ſcheinet, daß die ganze Landſchaft in corpore dergleichen ſolenne Proteſtation gerichtlich vor der den Landes-Fürſten vorſtellenden Regierung thue. Dieweil aber dennoch vorangeführter Maaſſen vis & metus bereits genugſam aus den Fürſtlichen Befehlen erhellet, alſo die Proteſtation nur ad meliorem probationem dienet, und denn die Notarii publici die Macht, Proteſtationes anzunehmen und Inſtrumenta darüber auszufertigen, von Kayſerlicher Majeſtät empfangen, auch dergleichen Proteſtation eben kein actus iudicialis iſt, noch die Verſammlung der Landſchaft in uno corpore erfodert, da zumal ſelbige von dem Landes-Herrn ungnädig aufgenommen werden, und den Verſammleten, oder doch einigen von ihnen, Gefahr bringen möchte; So iſt die von einem jeden in ſeinem Hauſe bey Abſendung der Gelder vor Notarien und Zeugen eingelegte Proteſtation dermaleinſt zum Beweis, daß die Zahlung gezwungen und aus höchſter Noth geſchehen, hinlänglich. Wird weiter zu wiſſen verlanget, ob zu ſolcher Proteſtation ein Notarius immatriculatus erfodert werde? Nun ſcheinen zwar alle Notarii, wegen ihrer von Kayſerlicher Majeſtät herrührenden Gewalt, einerley Auctorität zu haben. Weilen aber doch an vielen Orten, und inſonderheit allhier, verordnet iſt, daß niemand als Notarius gebrauchet werden ſolle, er habe ſich denn bey der Regierung gemeldet, und von derſelben ein Atteſtat ſeiner Legitimation halber erhalten, und, daß in Verbleibung deſſen alle von dem illegitimirten Notario gefertigte Inſtrumenta unkräftig und von keiner Würde ſeyn ſollen; So thut die Landſchaft beſſer und ſicherer,

 wenn

wenn sie sich bey Einlegung obgedachter Protestation eines dergestalt legitimirten und immatriculirten Notarii bedienet, es wäre denn, daß ein solcher sich hierzu nicht gebrauchen lassen wollte. In solchem Falle stehet ihr, einen andern illegitimirten zu nehmen frey, und können dessen Instrumenta so denn nicht gefochten werden.

IX.

Exceptio metus per ratihabitionem tollitur.

X.

Necesse tamen est, ut tempore ratihabitionis metus non saltem imminutus fuerit, sed penitus cessarit.

Ea, quæ vi metuve gesta sunt, rata deinde haberi seu consensu corroborari posse, ex *L.* 4. *C. de his quæ vi metuve caussa* & ex ipsa ratione patet. Addenda tamen est ex *L.* 2. *C. eodem* limitatio, dummodo metus tempore ratihabitionis cessarit. Sed quid est cessare? Ego hoc sic intelligo, ut plena & omnimoda libertas vim passo restituta sit. Itaque non sufficit, vim atrocem, quæ in principio adhibita fuit, desiisse, nec minas mortis, cruciatus, verberum, infamiæ amplius intentari. Quamdiu caussa metuendi superest, atque vim passus, si mentem mutet, se in eadem, quæ obsequio modo vitat, mala recasurum veretur, ratihabitio nullius momenti est, nec metus purgatus dici potest. Exemplum illustre *Connanus in Comment. iuris civ. lib.* 8. *c.* 4. *n.* 5. habet. Ludovicus XII. Galliarum Rex, priusquam regnum adipisceretur, Ludovici XI. regis filiam deformem invitus minisque inductus duxerat. Is, mortuo socero, divortere cupiens vim sibi factam allegabat, atque, quum uxor ei obiiceret: ipsum post nuptias, extra regis potestatem constitutum, virum se ei præstitisse, atque sic consensu gesta corroborasse; respondebat, invitum se hoc quoque fecisse, ne alioquin uxoris querelæ apud patrem

&

Digitized by Google

& natura præacerbum & potentia regem capitales ei essent. Qua ratione Romano pontifici caussam suam facile probavit, & cum bona eius venia divertit. Addam nunc ego exemplum privatum. Maritus uxorem, ut pro se apud creditorem intercedat, ac chirographo subscribat, vi minisque adigit. Convenit eam deinde creditor, comparet ipsa per maritum, ut moris est, agnoscit manum suam, damnatur, & sententiam hanc rem iudicatam fieri patitur. De metu nec verbum unquam. Moritur interea maritus, eoque defuncto, creditor exsequutionem rei iudicatæ petit. Tum illa demum exceptionem metus opponere, subscriptionem quidem suam agnoscere, sed contentorum diffessionem offerre. Replicat creditor, exceptionem metus, si vel maxime chirographo opponi possit, tamen contra recognitionem olim factam & contra rem iudicatam, ad quas metus nullus accesserit, locum non invenire. Verum ICti Helmstadienses, metum, quo maritus subscriptionem extorserat, durante matrimonio & maritali potestate, etsi minæ ab initio adhibitæ cessarint, perdurasse, atque exceptionem metus metu suppressam fuisse, crediderunt, atque adeo sic responderunt mense Octobri anni cIↃ IↃ CCXXVI. Ist Aemilia bey dem über ihres Mannes Verlassenschaft entstandenen Concurse mit ihren Illatis der Lepidæ in Ansehung einer vor ihrem Ehemanne dem Vorgeben nach geleisteten Bürgschaft nachgesetzet worden, wider welches Erkänntniß die Aemilia Supplication eingewendet, und zu deren Iustification des Rechtens belehret seyn will, ob die zum Grunde des Classifications-Urthels gesetzte Bürgschafts-Verschreibung pro recognita ehemalen erkannt und nunmehr geachtet werden könne, oder ob nicht vielmehr der Aemiliæ ihre exceptiones dagegen auszuführen verstattet werden sollen. Nun scheinen ihr zwar die bey Lebzeiten ihres Mannes gegebene und in Kraft Rechtens erschossene Bescheide, worinnen die ange-

führte Verschreibung vor richtig angenommen worden, im Wege zu stehen, und zwar um so viel desto mehr, da die vorher gegangene Citationen, laut der von dem Bothen gegebenen schriftlichen und bey den Acten befindlichen Zeugnisse, ihr und ihrem Manne zugleich insinuiret worden, mithin sie von dem gegen sie und ihren Mann damalen angestellten Processe gute Nachricht gehabt, und gedachtem ihrem Manne, wo nicht expresse, wenigstens tacite dadurch, daß sie den Process durch ihn führen lassen, Vollmacht ertheilet. Daferne aber dennoch die Aemilia eydlich erhält, sie habe die Freyheit nicht gehabt, die ihr gegen die Obligation zustehende exceptiones vorzuschützen, so wird gedachte Obligation keines Weges pro agnita geachtet, sondern der Aemiliæ ihre exceptiones dagegen auszuführen verstattet. Wird ferner zu wissen verlanget, ob die Aemilia wider die bey ihres Mannes Lebzeiten gegen sie ergangene iudicata brevi manu in integrum zu restituiren, und ihr die eydliche Diffession des Bürgschaft-Scheins zu verstatten sey. Wenn nun gleich gegen sie eingewendet werden möchte, es sey die unter der Obligation befindliche Unterschrift bereits vor der Aemiliæ Hand erkannt worden, und werde von ihr selbst nicht gänzlich abgeleugnet, folglich habe sie den Innhalt der Verschreibung selbst dadurch in allen approbiret, und stehe ihr nun weiter nicht frey, den Innhalt eydlich zu diffitiren, immassen die Diffessio contentorum anderer Gestalt nicht zugelassen werde, es sey denn, daß der, so sich darzu erbietet, den mit ihm gespielten Betrug deutlich erweise. Alldieweil aber restitutio in integrum der Aemiliæ ex capite metus angedeyen muß, ferner demjenigen, welcher die Unterschrift vor die seinige agnosciret, gleichwol den Innhalt zu diffitiren in Rechten, *L. 5. C. Plus valere quod agitur*, verstattet wird, daferne er nur wahrscheinliche Umstände, wie er zu solcher Unterschrift betrüglicher oder gewaltsamer Weise gebracht worden, anzuführen und beyzubringen vermag, und denn die Aemilia dergleichen argumenta, daß ihr Mann sie alle-

Digitized by Google

allezeit rude tractiret, und bey Vorlegung des leeren Bogens zur Unterschrift bedrohet, anführet, und so gar Zeugen, welche dabey gewesen, benennet; So werden die bey Lebzeiten des Mannes ergangene iudicata wiederum aufgehoben, oder doch Klägerin dagegen in integrum restituiret, selbige auch mit ihren exceptionibus, ingleichen mit eydlicher Diffession der streitigen Schuld- und Bürgschafts-Verschreibung zugelassen.

XI.

Per replicam metus exceptio praescriptionis non eliditur, si quidem metum ab initio passus deinde per tempus lege definitum cogenti sponte paruit, nec apud superiorem de vi sibi facta questus est.

XII.

Tunc tamen exceptio metus praescriptioni obstat, quando metum passus nihil sponte sed omnia coactus fecit, vel etiam potentia adversarii a querela deterritus fuit.

Illustrabo has theses responso, quod ICti Vitembergenses mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XXXI. exararunt: Seynd die Gemeinden zu Arnstädt und Burghausen Willens, wider die Herren von Grosseck zu Liza wegen des von diesen auf ihren Feldfluhren prætendirten Zehenden actionem negatoriam anzustellen, und wollen zuförderst wissen, ob diese vorhabende Klage gegründet sey. Nun kommet zwar den Herren von Grosseck gar vieles, und insonderheit dieses zu statten, daß sie nicht allein bereits in possessorio geschützet seynd, und darinnen einen 10 bis 20 jährigen Besitz beygebracht haben, sondern auch nach Innhalt des Bericht-Schreibens vermuthlich diesen Besitz noch weiter hinan, und solcher Gestalt gar eine rechtmäßige Verjährung ausführen möchten,

ten, darwider denn den Gemeinden weder der vorgeschützte mala fides, noch der angegebene Zwang zu statten zu kommen scheinet, da der erste, sonderlich bey einer langen Possession, nicht vermuthet wird, und über die Maassen schwer zu beweisen ist, der zweyte hingegen alsdenn nicht in Betrachtung gezogen wird, wenn derjenige, welcher Gewalt leidet, gute Gelegenheit hat, sich bey dem Superiori, dergleichen allhier die Landes-Regierung ist, zu beschweren, und Hülfe und Schutz zu suchen. *L. 2. C. de Annali exceptione.* Bey solcher Bewandniß gewinnet es das Ansehen, ob sey die intendirte Actio negatoria schlecht gegründet. Daferne aber doch die Gemeinden beyzubringen vermöchten, daß sie den Zehenden nicht freywillig gegeben, sondern jederzeit durch Gewalt, Gefängniß-Strafe und andere Zwangs-Mittel darzu angehalten, oder auch durch die ihnen zu schwer fallende Macht der Herren von Grosseck zu klagen gehindert, und ausser Vermögen, ihr Recht zu prosequiren, gesetzet worden, als in welchem Falle keine Verjährung laufet, *cap. 8. X. de Appellationibus, Leyser in Medit. ad Pandect. Specim. 463. de præscriptione dormiente, medit. 11.* So haben sie in dem von ihnen anzustellenden Petitorio ein obsiegliches Urthel zu hoffen. V. R. W.

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN DXVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLIV. TIT. VI.

DE

LITIGIOSIS.

I.

Titulus de Litigiosis in ipso iure Iustinianeo infirmatur, atque adeo nullum hodie usum habet.

In *titulo π. de Litigiosis* alienatio rerum & actionum litigiosarum interdicitur. Eius prohibitionis usum hodie superesse, ICti tam exteri, *Grotius Introduct. in Iurisprud. lib. 3. part. 14. n. 21. Wissenbach. ad D. P. 2. disp. 25. n. 26.* quam patrii, *Struvius ad D. Ex. 46. n. 44. Bergerus in Oeconomia iuris p. 650. n. 2.* negant. Ego quidem me opponere consuevi iis, qui usum scriptorum iurium temere in dubium vocant; sed tamen hic lubenter cedo, postquam illum non usum *tituli de Litigiosis* in ipso iure Iustinianeo niti animadverto. Ait nempe Vlpianus in *L. 4. §. 1. de Alienat. iudic. mut. caus.* non esse improbandum factum eius, qui tanti habuit re carere, ne propter eam saepius litigaret: hanc enim verecundam cogitationem eius, qui lites execratur, non esse vituperandam, sed eius duntaxat, qui, quum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subiiciat. Vides ergo, alienationem litigiosi tunc saltem damnari, quando malitiose ad opprimendum adversarium, non etiam, si bona fide sit. At quis tam vecors erit, ut se dolose alienasse confiteatur, & non potius allegata qualicunque caussa a dolo liberet? Si nullam aliam, hanc certe habebit, ut

ob

ob valetudinem, ætatem, occupationes, paupertatem, simplicitatem vel denique amorem pacis & tranquillitatem se id fecisse dicat. Frustra ergo pro usu legis, quam leges aliæ eludunt & infirmant, pugnabimus. Accedit alia ratio. Iure Romano lites brevi finiebantur. *L.* 13. §. 1. C. *de Iudiciis.* Itaque non difficile erat domino, finem litis de re aut iure suo motæ exspectare, atque tantisper alienationem eius differre. At hodie, ubi iudicia nonnunquam in aliud sæculum extrahuntur, si dominus tamdiu alienandi facultatem non haberet, molestia maxima adficeretur & uno ex præcipuis dominii sui fructibus excideret. Consentiunt mecum ICti Helmstadienses, atque sic mense Februario anni CIↃ IↃ CC XIX. responderunt: Hat Jacob Kaufmann seine an Christian Funcken gemachte und annoch im Streit befangene Foderung von 600 Thaler, halb den Invaliden, halb andern Armen geschenket und abgetreten, worauf die Königliche Regierung die vor dem Rathe zu Oldenburg in dieser Sache bisher verhandelte Acta abgefodert, und den Procefs vor sich gezogen. Entstehet also die Frage, ob die von Kaufmannen pendente lite an die Invaliden und Armen geschehene Cession und Schenkung null und nichtig, und daraus wider Funcken keine Action weiter statt finde. Nun scheinet zwar die exceptio litigiosi dem Schuldener zu statten zu kommen, immassen die Rechte die Veräusserung einer im Processe befangenen Foderung deutlich verbieten, welches die Rechts-Lehrer so gar auf die cessiones, so an pia corpora geschehen, erstrecken, *Frantzkius lib.* 1. *Resol.* 11. *n.* 72. Alldieweil aber viele, sowohl auswärtige als einheimische Rechts-Lehrer dafür halten, daß die Cessiones actionum litigiosarum heute zu Tage ohne Nachtheil des debitoris wol geschehen können, überdies Königliche Majestät die von Kaufmannen unternommene Cession durch ein Rescript ausdrücklich gut geheissen und bestätiget; So ist auf Seiten Funckens wol nicht zu hoffen, daß

die

die an die Invaliden und Arme vorgegangene Cession vor null und nichtig werde erkannt werden.

II.

Is, in quem res vel actio litigiosa transfertur, nullo privilegio iuvatur, sed simpliciter iure transferentis utitur.

Inter eos, qui pro usu *tituli de Litigiosis* pugnant, est etiam, quod mireris, *Beyerus in Delineatione π. h. t. n.* 9. 10. *Patet*, inquiens, *hanc prohibitionem temere non restringendam, nec admittendas limitationes, quas leges non admittunt. Licet enim animus exagitandi cesset, non statim cessat præiudicium adversarii.* Putat ille scilicet, mutato adversario, caussam alterius semper duriorem fieri, atque adeo alienationi rei vel actionis dolum, si non consilio, saltem re inesse. Et, si omnia ad vivum resecamus, vix erit, ut non molestia aliquá redundet in eum, contra quem lis ceditur. Sed præterea, quod illa exigua est, *lex* 4. §. 1. *de Alienat. iud. mut. caussa* consilium fraudandi necessario desiderat. Quodsi itaque hoc abest, aut saltem verisimili excusatione velari potest, alienatio non est vitiosa. Et ut præiudicium, quamvis fieri potest, avertatur, supponendum est, eum, in quem res vel actio litigiosa transfertur, per omnia in transferentis locum succedere, atque simpliciter ad ea, quæ hic, si in lite mansisset, debuisset, obligari, nulla privilegii aut alterius exceptionis ex ipsius persona desumtæ ratione habita. Sic ICti Helmstadienses mense Iunio anni CIↃ IↃ CC XXI. iudicarunt: Daß zwar, was der Leuteranten Sachen betrift, es bey dem am 16. Decemb. 1720. eröfneten Urthel zu lassen, den Leuteranten jedoch, im Fall sie nachgehends ihr Recht an den veräuserten Stücken wider Leuteratin ausführen, die Veräuserung unnachtheilig seyn, und zu dem Besitz gedachter Stücke wider einen jedweden ohne ferneren Procefs sofort verholfen werden solle. V. R. W.

Rat. dec. Anfänglich suchen Leuteranten der Leuteratin die Veräuserung der ihnen unterpfändlich verschriebenen Güter zu verbieten, und führen zu dessen Behuef an, es sey der auf ihre Güter gelegte Arrest gültig, auch den Gläubigern solche Veräuserung, wegen des mit den Käufern künftig von neuem zu besorgenden Processes, höchst nachtheilig. Alldieweil aber der Leuteranten Recht noch nicht ausgemachet ist, sondern zuforderst die erkannte Bescheinigung vollführet werden, und sodann sich erst zeigen muß, ob den Leuteranten ein Ius an den streitigen Grund-Stücken zustehe, und der von ihnen angelegte Arrest rechtmäßig sey, unterdessen aber, und da solcher Procels noch einige Jahre dauren kann, die Leuteratin ihres Eigenthums, dessen vornehmster Effect mit in der freyen Veräuserung bestehet, nicht zu entsetzen ist, zudem Leuteranten aus solcher Veräuserung nicht den geringsten Nachtheil zu besorgen haben, indem die künftige Käufer schlechterdinges an der Verkäuferin Stelle treten, und sich allem dem, was gegen diese erkannt werden wird, ohne Ausnahme unterwerfen müssen, mithin die Exsequution dereinst ohne Widerrede vollstrecket werden mag; So ist dieses Puncts wegen voriges Urthel bestätiget, jedoch zu der Leuteranten besserer Sicherheit der Anhang beygefüget worden.

COROLLARIUM.

Qui rem litigiosam sciens emit, victus deinde praestationem evictionis petere nequit, nisi eam sibi stipulatus sit. Dixi in *Specim. CCXL. de Negotiis, in quibus praestatio evictionis cessat, med. 1.*

SPE-

SPECIMEN DXIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLV. TIT. I.

DE

STIPVLATIONE.

I.

Stipulatio a ſtipulo, non a ſtipula, deſcendit.

De origine vocis ſtipulatio mire diſſentitur. *Paulus lib.* 5. *Recept. ſent. tit.* 7. & ex eo forſan Iuſtinianus in *pr. I. de Verb. oblig.* eam a ſtipulo, quod apud veteres firmum ſignificabat, derivant. Contra *Iſidorus lib.* 5. *Orig.* ſtipulationem a ſtipula deducit: *Veteres enim*, inquit, *quando aliquid ſibi promittebant, ſtipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes ſponſiones ſuas agnoſcebant.* Nugas hoc appellat, & Iuſtinianum ac Paulum tuetur *Salmaſius de Vſuris cap.* 6. Iſidorum defendunt *du Freſne in Gloſſario Latino voce: Stipulatio* & *Eccard ad tit.* 40. *Legis Salicæ voce Adbramire*, atque, eundem morem apud Francos reliquosque Germanos olim obtinuiſſe, teſtantur. Ego cum Paulo ſentio. Nullum enim de more iſto cum ſtipula veſtigium apud Romanos Græcosque auctores, quos vidi, occurrit. Ergo *Iſidorus*, qui ſæculo VII. in Hiſpania vixit, forſan veterem Hiſpanorum aut alterius gentis morem inepte ad vocem latinam traduxit. Præterea pro Paulo facit, quod Græci, quibus linguæ ſuæ originem maxima ex parte Romani debent, firmum, durum, ϛυφελὸν appellant.

II.

Nulla promiſſio, cui acceptatio nondum acceſſit, obligat.

III.

Solum ſilentium ad acceptationem non ſufficit.

IV.

Acceptatio a tertio, nomine abſentis facta, acceptanti quidem ius dat, ut promiſſio, invito illo, revocari nequeat.

V.

Acceptans tamen, invito eo, cuius nomine acceptavit, obligationem remittere poteſt.

Solemnitas ſtipulationum Romanarum non demum iure canonico & moribus ſublata, ſed in ipſo iure Iuſtinianeo abrogata, atque pactis ſimplicibus eadem vis, quam olim verba ſolemnia habebant, tributa eſt in *L.* 10. *C. de Contrab.* & *commit. ſtip.* & §. 1. *I. de Verb. obl.* ubi ſenſus ſaltem & conſonans intellectus ab utraque parte, quibuscunque tandem verbis expreſſus, deſideratur. Sufficit itaque promiſſio & ex altera parte acceptatio. Alterutra deficiente, nihil agitur. Ergo, quamvis promittens verbis factisve voluntatem ſuam enixe declararit, non obligatur tamen, quamdiu acceptatio deficit. Silentium ſolum inſtar acceptationis non eſt. Nam, ut optime Bonifacius VIII. in *c.* 44. *de Reg. iuris in* 6. ait, tacens neque fatetur neque negat. Et quamvis pontifex in *præcedente c.* 43. dicat, tacentem conſentire videri, hoc tamen tunc ſaltem verum eſt, quando lex eum ad reſpondendum obligat. Qualia exempla paſſim in iure occurrunt. Sic, cuius negotium geritur, ſi tacet, mandare intelligitur, *L.* 18. *Mandati*, qui litteras mandatum continentes ſimpliciter ſine proteſtatione recipit, mandatum ſuſcepiſſe cenſetur, *Clem.* 1. *de Procuratori-*

ratoribus, pater ad litteras filii, quibus de accepta pro ipso pecunia certior redditur, non respondens tanquam ex mandato obligatur. *L.* 16. *de S. C. Maced.* Extra hos casus vero solum silentium etiam ad litteras acceptas pro consensu non est. Nunc vero gravior nascitur quæstio, quem effectum habeat acceptatio a tertio nomine absentis facta. Iure Romano inutilis est stipulatio. *L.* 73. §. 4. *de Reg. iuris* §. 4. *I. de Inutil. stip.* Verum hodie, etiam hac in parte, non subtilitatem Romanorum, sed simplicitatem iuris naturæ spectari, ICti plerique, saltem cordatiores, fatentur. Et optime quidem, si modo ipsi iuris naturæ interpretes invicem convenirent. At inter hos quoque non exigua pugna est. Quæritur scilicet, utrum is, qui alteri promisit, se tertio quid daturum, promissionem suam revocare possit, antequam tertius ille eam acceptet. Negat *Grot. de Iure belli ac pac. l.* 2. *c.* 11. §. 18. hanc revocationem fieri posse, invito altero illo, cui promissio facta fuit. Grotii sententiam oppugnat *Beyerus in dissert. de Iure ex acceptatione promissi pro altero facta* ex hac potissimum ratione, quod nemo ex promissione sua prius obligetur, quam ille, cuius interest, eam acceptaverit, quum vero illius, cui promissio facta est, non intersit, utrum tertio aliquid præstetur, aut non, eum valide acceptare non posse. Sed defendit Grotium *Wernherus in Observ. forensi* 182. *Part.* 1. Ego ex Grotii partibus sto. Interest naturaliter acceptantis, ut alter, cuius nomine acceptavit, per ipsum beneficio adficiatur, id quod iam olim Papinianus in *L.* 7. *de Servis exportandis* agnovit. Vt specialius ipsius intersit, lex naturæ non desiderat. Sufficit enim qualecunque interesse. Itaque quod ei promissum est, quodque servari eius interest, contra ipsius voluntatem revocari non potest. At vero si ille revocationi adsentiat, rata ea est, quamvis is, cuius nomine acceptatio facta, contradicat. Exemplo rem illustrabimus. Fridericus Sem-

pronio, cui nihil debebat, pecuniam numerat, Mevio renumerandam. Sempronius Mevium hac de re certiorem reddit, &, quid de illa pecunia fieri velit, quærit. Mevius non respondet. Post aliquot menses Fridericus ad Sempronium redit, pecuniam suam reposcit, atque etiam recipit. Tunc demum Mevius voluntatem suam de pecunia illa Sempronio declarat, improbatque, quod eam Friderico restituerit. Adit ergo iudicem, profert Sempronii litteras, atque ex his pecuniam petit. Damnatur Sempronius, qui ICtos Helmstadienses consulit, atque ab his tale responsum mense Maio anni CIↃIↃCCXXIV. fert: Hat Sempronius vor Mevio, einem Lübeckischen Kaufmann, 24 Thaler Fracht-Gelder verschossen, und 2 Jahr hernach von Friderico aus Nordhausen 50 Thaler auf des Mevii Conto bezahlet bekommen, dieses auch an Mevium schriftlich berichtet, anbey gemeldet, er wolle die 24 Thaler hiervon abziehen, und die übrige 26 Thaler bis zu Mevii weiterer Verordnung aufheben. Als aber Mevius hierauf nicht geantwortet, so hat Fridericus nach Ablauf eines Vierteljahres dem Sempronio die 50 Thaler bey Auszahlung einer andern Summa Geldes wieder abgezogen, worauf Sempronius des Mevii Diener der 24 Thaler Fracht-Gelder halber verklaget, ist jedoch auf Vorzeigung des obgedachten an Mevium geschriebenen Briefes verdammet worden, die rückständige 26 Thaler nach Abzug 3 Thaler Interesse zu bezahlen. Entstehet also erstlich die Frage, ob dem Sempronio einiges Versehen beygemessen werden könne. Wenn nun gleich dem Sempronio dieses, daß er an den Mevium bey dessen langen Stillschweigen nicht von neuen geschrieben, und, ohne dessen Antwort zu erwarten, durch Fridericum die einmal auf Mevii Conto empfangene 50 Thaler wieder abziehen lassen, als ein Versehen aufgerücket werden möchte. Alldieweil aber nicht zu finden, was vor eine Obligation Sempronius, den Mevium durch anhaltendes Schreiben zur Antwort zu zwingen, gehabt, hier-

nächst

nächst die 50 Thaler nicht freywillig wieder gegeben, indem Fridericus ihm solche abgezogen, dessen auch genugsame Ursach gehabt, da Mevius nicht geantwortet, noch seine Zufriedenheit mit dem von Sempronio gethanen Vorschlage bezeiget, mithin Fridericus in Furchten stehen müssen, es werde Mevius die Auszahlung der 50 Thaler auf sein Conto an Sempronium nicht genehm halten, sondern diese Summa von dem Schuldener noch einmal fodern; So sehen wir nicht, was vor ein Versehen dem Sempronio beygemessen werden könne. Was nächst dem die zweyte Frage betrift, so erhellet aus obangeführten Umständen klärlich, daß Fridericus Recht und Macht gehabt, die 50 Thaler bey so langen des Mevii Stillschweigen dem Sempronio wieder abzurechnen und zurück zu nehmen. Zwar möchte vielleicht eingewendet werden, es sey die Zahlung einmal an Sempronium, als des Mevii creditorem, geschehen, und hätte also Mevius diese Zahlung wenigstens, so viel die 24 Thaler betrift, auch wider seinen Willen billigen und genehm halten müssen. *L. 6. de Doli mali & metus except.* Allein man siehet wohl, daß Fridericus des Sempronii halber mit Mevio keinen Streit haben wollen, sondern dem Sempronio die 50 Thaler in Hofnung, daß Mevius es genehm halten würde, anvertrauet. Da nun die Genehmhaltung nicht erfolget, so hat Fridericus zu seiner Sicherheit nicht wol anders thun können, als, daß er dieses Depositum, welches er ja den Rechten nach jederzeit zurück nehmen dürfen, *L. 1. §. 45. Depositi*, wieder an sich genommen. Wird drittens gefraget, ob Mevius nicht dadurch, daß er zu antworten unterlassen, eine culpam begangen. Nun wird derselbe vielleicht sagen, er habe damalen, als er des Sempronii Brief angenommen, und demselben nicht widersprochen, seinen Consens stillschweigend an den Tag geleget. Alldieweil aber in Geld- und andern wichtigen Sachen das blosse Stillschweigen pro consensu nicht geachtet wird, diesemnach Mevio sowohl nach den Rechten als dem Gebrauche der Kauf-Leute obgelegen hätte,

hätte, auf Sempronii Brief zu antworten, und den von ihm gethanen Antrag zu acceptiren; So hat er darunter, daß er solches nicht gethan, es allerdinges versehen, und mag also an Sempronium, wenn auch dieser seiner Seits eine culpam begangen hätte, keinen Anspruch machen. Und aus diesen allen fliesset die vierte Frage von selbst, daß nemlich Mevius angehalten werden könne und müsse, die verschossene 24 Thaler Fracht-Gelder mit Zinsen und Unkosten zu bezahlen.

VI.

Error in verbis stipulationis commissus non secundum proprietatem verborum, sed verisimilem paciscentium mentem explicandus est.

Nihil tam frequens in stipulationibus, quam error. Erratur vero dupliciter, vel in re ipsa, vel in verbis. De errore circa rem postea dicetur. At si in verbis erretur, pessime faciunt, qui proprietatem verborum captant, atque ex hac de mente contrahentium & paciscentium iudicant. Neglectis potius verbis, mens sola spectanda est, eaque ex reliquis circumstantiis colligenda. Hoc & recta ratio, & Vlpianus in *L.* 32. *de Verb. obligat.* præcipit. Exemplum habet *Carpzovius P.* 2. C. 14. *def.* 13. cuius simillimum nos ex responso ICtorum Vitembergensium mense Maio anni CIↃIↃCCIX. ad senatum Eilenburgensem exarato adponemus: Hat Johann Adam Wägert nach Adam Schatzens Absterben sich bey ihnen gemeldet, und Kraft einer ihm geschehenen Schenkung, nach Innhalt des darüber aufgerichteten Instruments, des Verstorbenen Kleider, Gewehr, Uhren, Federbüsche, Scharpen und andere in der Ober-Stube und dem Kleider-Schranke befindliche Mobilien, ingleichen sein Heergeräthe, als ein braun Kleid mit silbernen Knöpfen, einen silbernen Degen, einen Schüssel-Ring, zwey zinnerne Schüsseln, zwey Leichlachen, ein gezogen Rohr, zwey Servietten, einen Pfühl, einen Tisch-Tuch, einen Fisch-Tiegel, eine

eine Handquelle, und, wie es zu Eulenburg sonst gebräuchlich, gefodert. Nun seynd unter den in dem Instrumente zum Heergeräthe gerechneten Sachen unterschiedene Stücke, welche doch nach den Eulenburgischen Statutis zu dem Heergeräthe gar nicht gehören. Da denn Zweifel entstehet, ob Johann Adam Wägerten alles, was in der Donation enthalten, oder nur so viel, als in Eulenburg zum Heergeräthe eingeführet, abzufolgen sey. Wenn es nun gleich aus den in der Schenkung enthaltenen Worten das Ansehen gewinnet, ob habe Adam Schatz Johann Adam Wägerten nichts weiter, als sein Heergeräthe, wie es zu Eulenburg gebräuchlich, verehren wollen, und würde, daferne er, daß die specificirte Stücke dazu nicht gehörig, gewust, solche vielleicht ausgelassen haben. Dieweil aber dennoch die ausdrückliche Specification obbesagter Stücke sattsam zu erkennen giebt, daß Adam Schatz solche auf Johann Adam Wägerten zu transferiren gewilliget gewesen, und nur darinnen, daß er dieselbe zum Heergeräthe gerechnet, einen Irrthum begangen, welches aber der Schenkung an sich nichts benehmen kann, in mehrer Betrachtung, daß, wenn die Sache an sich selbst richtig ist, der bey derselben Benenn- oder Beschreibung begangene Fehler solche umzustossen nicht vermag; So ist Johann Adam Wägert die in der Schenkung specificirte Stücke, so viel deren in Adam Schatzens Verlassenschaft befindlich, ob sie gleich nach den Eulenburgischen Statutis zum Heergeräthe nicht gehörig, zu fodern wol berechtiget.

VII.

Error circa rem commissus nullam reddit obligationem.

VIII.

Si tamen una pars obscurius loquendo errori caussam dedit, error huic soli nocet.

Digitized by Google

Intricatior lis eſt, quando in re ipſa erratum fuit, & ita quidem, ut appareat, partes, niſi erraſſent, pactum vel contractum inituras non fuiſſe. Et tunc quidem, quoniam conſenſus deficit, nihil actum cenſetur, nec obligatio naſcitur. Addenda tamen eſt limitatio, niſi unus ex errantibus errorem iſtum, mentem ſuam lucidius explicando, diſcutere & potuiſſet & debuiſſet. Tum quippe error, etſi ab utroque commiſſus, ei ſoli nocet, qui clarius loqui debuit, *L.* 99. *pr. de Verb. obligat.* hoc eſt, ut in *Specimine XLI. de Interpretatione pactorum dubiorum, medit.* 4. pluribus contra *Manticam* & *Bœhmerum* oſtendi, qui verba pacti concepit, vel concipere aut mentem ſuam explicare debuit, atque obſcure vel ambigue locutus eſt. Exemplum tale eſto: Frater per apocham fratri datam, ſibi ab hoc plene de paterna hereditate ſatisfactum, fatetur, deinde ab hoc fratre agrum paternum petit, quem ipſe olim eidem locaſſet. Reus locationem non negat, ſed apocham profert, atque, per hanc ſibi iſtum quoque agrum venditum fuiſſe, contendit. Reſpondet actor, ſibi id nunquam in mentem veniſſe. Erratum ergo ab ambobus fuerat, dum alter ſibi agrum generali apocha addici crediderat, alter hoc noluerat. Et iudex quidem adverſus reum iudicarat, ſequutus doctrinam *Manticæ de tacit. & ambig. convent. lib.* 2. *tit.* 4. *n.* 99. & *Bœhmeri in diſſ. de Interpretatione facienda contra eum, qui clarius loqui debuiſſet*, qui illum clarius loqui debuiſſe dicunt, qui ex pacto nititur, ſeu ex illo ſingularem utilitatem quærere voluit. Ego vero ex principio ſupra poſito interpretationem contra actorem feci, atque ſic menſe Maio anni CIↃ IↃ CC XXVIII. reſpondi: Hat Michael Bartmann Jürgen Schneider auf Abtretung eines von ſeinem des Bartmanns Schwieger-Vater Hans Schneidern an ſeinen Bruder den Beklagten verpachteten Viertel Landes belanget, wogegen dieſer vorgewendet,

gewendet, er habe solches Land von obgemeldetem seinem Bruder gekaufet, auch zu dieses Kaufes Beweis eine von dem verstorbenen Bruder über sein väterliches Erbtheil ausgestellte General-Quitung, ingleichen einen von dem Lehn-Herrn über solches Land erhaltenen Lehn-Brief vorgezeiget; worauf im Amte Nirgendsrecht gesprochen worden: Beklagter solle besser beweisen, daß er das Land auf rechtliche Art und Weise erkaufet, und daß die dafür abgehandelte Kauf-Summa mit in der Quitung begriffen sey. Es wird demnach hierüber mein dem Process und Rechten gemässes Iudicium, nebst einem Voto, wie erkannt werden sollen, verlanget. Nun würde das Erkänntniß, wenn ich solches aufsetzen sollen, vortheilhafter vor den Beklagten ausgefallen seyn. Zwar möchte zu Behauptung des ertheilten Bescheides angeführet werden, daß in der Quitung keines Kaufes Meldung geschehe, und insonderheit von dem streitigen Lande nicht das geringste gedacht werde, daß Klägers Schwieger-Vater das Viertel Erb-Land ganz absonderlich besessen und so gar an Beklagten verpachtet, also dasselbe unter den übrigen Erbtheilen nicht verstehen können. Alldieweil aber ein Erb-Vergleich, worinnen ein Erbe die sämmtliche Erbschafts-Stücke an sich nimmet, und seinen Mit-Erben mit Gelde abfindet, ein wahrhaftiger Kauf ist, und ohne rechtmäßige Ursache nicht aufgerufen werden kann, *L. I. C. Communia utriusque iudicii, L. 3. C. Communi dividundo*, vide *Meditationes meas ad Pandect. Spec.* 117. *de Impugnatione divisionum hereditariarum, Medit.* I. folglich die von Hans Schneidern über sein väterliches Erbtheil an seinen Bruder den jetzigen Beklagten ausgestellte Quitung einen wahrhaften Kauf involviret, hiernächst das darinnen generaliter benannte väterliche Erbtheil, wie es nach Klägers eigenem Geständnisse den Antheil am Hause und drey Acker Landes mit begreifet, nothwendig auch auf das jetzt streitige Viertel Landes, als welches ebenfalls ein väterliches Erbstück ist, erstrecket werden muß, wenigstens Klägers Vater, wenn er solches Viertel von dem

Kaufe ausnehmen wollen, sich diesfalls deutlicher erklären müssen, und nunmehr, da er es nicht gethan, die Interpretation wider sich gelten lassen muß, dawider die ehemals geschehene Verpachtung solches Landes an den Beklagten nichts thut, indem selbige vor dem Kauf und Quitung geschehen, mithin durch diesen letztern aufgehoben, und das streitige Land dem Beklagten brevi manu übergeben worden, *L.* 9. §. 5. *de Adquirendo rerum dominio*; So hätte, meiner Meynung nach, Beklagter schlechterdinges von der angestellten Klage losgesprochen werden sollen.

IX.

Qui bis eandem rem, etsi diversimode e. g. sub alio & alio pignore, promittit, semel tantum, scilicet ex posteriore promissione, obligatur.

Pomponius in *L.* 18. *de Verb. obligat. Qui bis*, inquit, *idem promittit*, *is eo iure amplius*, *quam semel*, *non tenetur*. Quam legem omnium optime explicat *Cuiacius in Comment. ad illam*, atque inprimis ex Florentino codice monet, pro *is eo*, quæ verba in omnibus vulgatis editionibus posita sensum nulllum habent, legendum esse: *ideo*, ut mirum sit, *Guilielmum Bestium in Ratione emendandi leges* Vltraiecti anno 1707. edita hanc emendationem tanquam novam & a se excogitatam venditare. Regula ipsa quidem, quod bis idem promittens semel tantum obligetur, dubium non habet, atque ad legata quoque pertinet per *L.* 34. §. 1. *de Legatis* 1. Sed accidit interdum, ut posterior promissio a priore non quidem in ipsa re, sed tamen in circumstantiis sit diversa. Vt ecce: Titius filiam suam Tulliam Sempronio in matrimonium collocat, atque in pactis dotalibus decem millia ex prædio suo Tusculano solvenda in dotem constituit; mortuo deinde Sempronio, eandem filiam suam

ſuam Mevio uxorem dat, atque iterum in pactis dotalibus decem millia ex fundo ſuo Tivolenſi præſtanda dotis nomine pollicetur. Poteritne Tullia viginti millia ex diverſis prædiis exigere? Negamus, atque in eo *Cuiacium* adſentientem habemus, qui, etſi ſtipulationes inter ſe differant, priorem tamen exceptione elidi, & quaſi nullam, poſteriorem ſolam efficacem eſſe, eaque actorem rem conſequi, ait. Similem in modum ICtos Helmſtadienſes reſpondiſſe, in *Specim. CCCIII. de Perſonis dotem conſtituentibus, medit.* 7. dixi.

X.

Incertæ pollicitationes obligationem quidem naturalem pariunt, ſed actionem in foro humano non producunt.

XI.

Is, cui certi ſalarii incertum augmentum promiſſum eſt, ex promiſſione hac agere nequit.

Regula generalis in *L.* 108. §. 1. *de Verbor. oblig.* proponitur: *Nulla promiſſio poteſt conſiſtere, quæ ex voluntate promittentis ſtatum capit.* Eius exempla paſſim occurrunt. Præcipuum eſt in incertis pollicitationibus, ſicut vocantur in *L.* 56. §. 3. D. & *L.* 17. C. *Mandati*, id eſt talibus, in quibus promiſſor nihil certi conſtituit, ſed eius determinationem ſuo arbitrio reliquit. Iſtiusmodi promiſſio naturalem quidem obligationem operatur, quemadmodum in *Specimine XL. de Pactis invalidis, med.* 1. dixi; at in foro humano rectiſſime actio ei denegata eſt. Nam quum determinatio eius, quod promiſſum ſit, ex circumſtantiis pendeat, atque adeo inexplicabilem fere difficultatem habeat, futurum erat, ut, dum homines ex pactis incertis ſe invicem convenirent, fora huiusmodi actionibus perſtreperent. Ipſi hoc agnoverunt Germani veteres, atque eum, cui incertum quid promiſſum fuerat, a limine iudicii repulerunt. Wer auf Gnade, inquiunt in *Spec. Sax. lib.* 1. *art.* 22. dienet,

muß auf Gnade mahnen. Nos secundum iura Romanum & Germanicum quotidie & iudicamus & respondemus, tunc etiam, quum certæ pollicitationi incerta superadditur. Vt ecce: committit quis alteri negotium, certumque salarium offert. Hic, tenue id nimis esse, respondet, maiusque petit. Tum committens, se eius rationem habiturum, atque oblato quid adiecturum, non obscure declarat. Subit ergo alter negotium expeditque, ac maius salarium poscit. Repulerunt eum ICti Helmstadienses mense Decembri anni CIƆ IƆ CC XXIV. ex his rationibus: Als Lersner Zieglern die Verwaltung des Amts Lisberg nebst einer jährlichen Besoldung von 100 Gulden angetragen, hat dieser die Verwaltung angenommen, gleichwol dabey die Wenigkeit des Salarii remonstriret, und um ein stärkeres, vielleicht auch wol um Verdoppelung des offerirten, gebeten. Lersner hat ihm seine Forderung nicht zugestanden, sondern vorher mit seinem Cedenten sprechen, und, wie die Sache laufen möchte, mit ansehen, nachgehends sich weiter erklären wollen, mag ihm auch wol einige Hofnung, das Oblatum mit der Zeit nach Befinden zu erhöhen, gemachet, und bis zu weiterer Resolution die Vollziehung des Bestellungs-Briefes ausgesetzet haben. Indessen hat doch Ziegler das Oblatum ad interim angenommen, den verlangten Zuschuß auf Lersners Discretion ankommen lassen, selbigem den Revers in Blanco ausgestellet. Diesemnach, und da Lersner ausser den 100 Gulden ꝛc. sich zu nichts gewisses obligiret, Ziegler auch die Vermehrung solches Salarii auf Lersners Gütigkeit ankommen lassen, und das offerirte ad interim angenommen, so kann er nunmehr dasjenige, worzu ihm eine ungewisse Hofnung gemachet, als eine Schuldigkeit nicht prætendiren, sondern muß das in den alten teutschen Rechten befindliche Sprichwort: Wer auf Gnade dienet, muß die Erben auf Gnade mahnen; wider sich gelten lassen.

XII.

XII.

Aliquando etiam incerta pollicitatio actionem parit.

XIII.

Vt, si manifesta æquitas id iubeat.

XIV.

Vel si dos promissa sit.

XV.

Vel si negotium natura non sit gratuitum, sed mutuas præstationes in se habeat.

Regulæ supra dictæ, quod incertæ pollicitationes actionem in foro humano non pariant, variæ passim occurrunt limitationes. Præcipuam aliquando suggerit manifesta æquitas, cuius exemplum in *Specimine CCCLXXVII. de Ludificatione heredipetarum, medit.* 8. Sed & iura nostra excipiunt dotem, cuius indeterminata etiam promissio actionem parit, atque pro modo facultatum patris & dignitate mariti determinari debet. *L.* 69. §. 4. *de Iure dotium, L.* 3. *de dotis promiss.* Vide *Specim. CCCIII. de Personis dotem constituentibus, medit.* 3. Denique per se patet, in istis negotiis ex incerta etiam promissione agi posse, in quibus actor, quamvis nihil illi promissum fuisset, ius agendi habebat. Regula quippe nostra saltem ad mandatum & similia negotia gratuita pertinet, non etiam ad ea, quibus mutuæ præstationes secundum naturam suam insunt. In his quippe ex incerta pollicitatione actio in factum datur. *L.* 22. *de Præscriptis verbis.* Sic iudicarunt ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIↃIↃ CC XXI. Daß Beklagter dem Kläger

Digitized by Google

Kläger überhaupt annoch 200 Thaler heraus zu geben schuldig sey. V. R. W. Rat. dec. Es gewinnet das Ansehen, ob hätte die exceptio non fundatæ intentionis attendiret, und Beklagter gänzlich von angestellter Klage losgesprochen werden sollen, in Betrachtung, daß Kläger selbst kein gewisses ihm von Beklagten gethanes Versprechen anführen kann, sondern sich lediglich darinnen, daß Beklagter, er wolle ihn contentiren, gesaget, gründet, mithin die Rechts-Regel: Wer auf Gnade dienet, muß auf Gnade mahnen; dem Kläger im Wege zu stehen scheinet. Alldieweil aber die obangezogene Regel nur in negotiis gratuitis, als mandato und dergleichen, statt hat, hingegen in den Fällen, da jemand auch ohne Zusage etwas zu fodern berechtiget ist, als bey Medicis, Advocaten, Præceptoribus, Handels-Dienern, einen Abfall leidet, und denn Beklagter, daß Kläger das Amt eines Handels-Dieners bey 16 Jahr lang mit vertreten, öfters einige Stunden in dem Laden gestanden, das Handels-Buch geführet, gereiset, Waaren eingekaufet, in Duplicis zugestehet, anbey, daß er ihm eine Discretion versprochen, in der Exceptions-Schrift nicht ableugnen kann; So haben wir Beklagten billig zu etwas condemniret.

XVI.

Regula iuris civilis & naturalis est: omnem obligationem ad heredes & successores transire, nisi in stipulatione evidenter excepti sint.

XVII.

Stipulatio, in qua primi tantum heredis mentio fit, transit etiam ad sequentes.

XVIII.

Successor, qui antecessorem suum iniuste possedisse dicit, ex pactis eius nec agit, nec obligatur.

Quod in *L.* 13. *C. de Contrah. & committ. stip.* constitutum est, ut omnis stipulatio, sive in ea heredum fiat mentio, sive non, ad heredes & contra heredes transmittatur,

Digitized by Google

tur, hoc quoque rectæ rationi & iuri naturali convenit. Nam quum heres naturaliter in omnia defuncti iura ſuccedat, non poteſt non etiam in obligationes ſuccedere, niſi evidenter in ſtipulatione exceptus ſit. Quapropter magis miror, *Grotium de Iure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 16. §. 16. ius naturæ, quod hac in parte ſimplex ſatis & clarum eſt, diſtinctionibus non neceſſariis obſcurare, atque iis, qui ſolo iure nature reguntur, materiam diſputandi ſuppeditare. Facilius *Baronio* ignoſco, qui Pontifici ſuo contra Cæſarem gratificaturus regulam iſtam iuris naturalis in dubium vocat *ad A. C.* 963. *n.* 11. Digna eſt lis, quæ hic commemoretur. Ottoni M. imperatori cives Romani olim fidelitatem promiſerunt, hæc addentes, & firmiter iurantes: *Nunquam ſe Papam electuros, aut ordinaturos, præter conſenſum atque electionem Domini Imperatoris Ottonis Cæſaris Auguſti, filiique ipſius regis Ottonis.* Piguit ſemper hæc promiſſio Romanos pontifices. Itaque advocatus eorum, Baronius, hoc inter alia eidem opponit, *non omnibus Ottonis Imperatoris ſucceſſoribus Auguſtis id a populo cleroque iuratum eſſe, ſed ipſi dumtaxat Ottoni unique eius filio Ottoni iuniori.* Reſpondet recte *Schilterus de Libertate eccleſiar. Germaniæ lib.* 3. *c.* 5. §. 12. Baronium invita iuris & gentium & civilis prudentia ſic argutari. Sed non debebat Grotium teſtem advocare, qui, ut ſupra dixi, nihil adfirmat, nec certam regulam ponit. Conſtat per ſe, Ottonem tanquam imperatorem cum civibus Romanis pactum fuiſſe. Ergo ſucceſſoribus quoque ſuis, qui in locum eius & iura pleniſſime ſurrogati ſunt, profuit. Nec nocet iis mentio ſolius Ottonis filii facta. Nam, quæ dubitationis tollendæ cauſſa contractibus inſeruntur, ius commune non lædunt. *L.* 81. *de Reg. iuris.* Neque diſcrimen hic faciendum eſt inter eos, qui iure hereditario, & qui titulo ſingulari per electionem aut alio modo ſuccedunt. Sufficit ſucceſſio ad hoc, ut iura trans-

transferantur. Alia vero eſt ratio in eo ſucceſſore, qui eum, in cuius locum venit, pro anteceſſore ſuo non agnoſcit. Itaque Carolus II. Magnæ Britanniæ Rex, recuperatis poſt Cromwellii fata regnis avitis, non poterat iuſte apud *Basnagium in Annales des Provinces-Vnies an.* 1661. §. 12. ad fœdera inter Cromwellium & Belgas inita provocare, quum ipſe Cromwellii tanquam tyranni & uſurpatoris acta reſcidiſſet.

SPECIMEN DXX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLV. TIT. I.

DE

TACITA CONDITIONE REBVS SIC STANTIBVS.

I.

Omnis ſtipulatio intelligitur, rebus ſic ſtantibus.

II.

Mutata rerum facies tollit obligationem, ſi quidem liquido apparet, eum, qui recedere vult, ſi ab initio præſentem ſtatum vidiſſet, contracturum non fuiſſe, ac præterea nihil ei imputari poſſe.

III.

Mutata rerum facies iuſta etiam eſt diſſolvendorum ſponſaliorum cauſſa.

Doctrinam Africani in *L.* 38. *pr. de Solutionibus*, quod omni ſtipulationi hæc conventio, ſi res in eadem cauſſa maneat, tacite inſit, omniſque promiſſio, rebus ſic ſtantibus, intelligatur, defendi ſatis in *Specimine XL. de Pactis invalidis, med.* 4. nec deſinam tueri in

in posterum, etsi multi me ex iustitiæ & æquitatis regulis refellere tentarint; quibus ego paucissimis tunc respondebo: caussa consensus penitus sublata, consensum ipsum tolli sine dubio, atque adeo obligationem, cuius fundamentum consensus est, cessare. Neque est, quod cum aliquibus metuas, admissa hac doctrina, instabilem pactorum omnium & promissorum fidem fore. Nihil enim est, quod metuas, si modo magistratus officium suum facit, nec cuiuslibet circumstantiæ mutationem pro iusta contractus rescindendi caussa admittit. Prudentia hic opus est, & videndum sedulo, an talis conversio contigerit, ut, si eadem rerum facies, quæ nunc est, ab initio adfuisset, alter nihil promisisset. Videndum præterea, an mutatio hæc sine omni eius, qui recedere a pacto cupit, culpa acciderit. Si utrumque hoc videt iudex, obligationem iustissime remittit; quamvis firmissimam & iudicialiter comprobatam. Certe ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CC XXVIII. sponsalia, quorum tamen vinculum sacrosanctum esse creditur, ob faciem rerum penitus mutatam & quod sponsum nunquam sic fidem daturum fuisse animadverterent, dissolverunt: Daß Beklagter von angestellter Klage zu entbinden sey. V. R. W. Rat. dec. Beklagter hat sich mit der Klägerin gerichtlich verlobet, auch hat dessen Vater in die Verlöbniß gewilliget, und dabey der Klägerin ihre ruinirte Stätte wieder in Stand zu bringen und eine neue Stube daran zu bauen versprochen, sich jedoch Zeit-Lebens die Mitwohnung in der Stätte ausbedungen, welche ihm auch die Klägerin damalen zugestanden, allein folgends, ihrem eigenem Bekänntnisse nach, sich des letztern geweigert, und dadurch veranlasset, daß Beklagter von dem Ehe-Versprechen zurück getreten, worauf Klägerin ihn auf Vollziehung der Ehe verklaget, Beklagter hingegen vorgeschützet, Klägerin habe selbst das Ehe-Versprechen retractiret. Dieses ist ihm zu erweisen auferleget worden, und hat er auch würklich durch zwey eydliche Zeugen beygebracht, daß, nach-

transferantur. Alia vero eſt ratio in eo ſucceſſore, qui eum, in cuius locum venit, pro anteceſſore ſuo non agnoſcit. Itaque Carolus II. Magnæ Britanniæ Rex, recuperatis poſt Cromwellii fata regnis avitis, non poterat iuſte apud *Basnagium in Annales des Provinces-Vnies an.* 1661. §. 12. ad fœdera inter Cromwellium & Belgas inita provocare, quum ipſe Cromwellii tanquam tyranni & uſurpatoris acta reſcidiſſet.

SPECIMEN DXX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLV. TIT. I.
DE

TACITA CONDITIONE REBVS SIC STANTIBVS.

I.

Omnis ſtipulatio intelligitur, rebus ſic ſtantibus.

II.

Mutata rerum facies tollit obligationem, ſi quidem liquido apparet, eum, qui recedere vult, ſi ab initio præſentem ſtatum vidiſſet, contracturum non fuiſſe, ac præterea nihil ei imputari poſſe.

III.

Mutata rerum facies iuſta etiam eſt diſſolvendorum ſponſaliorum cauſſa.

Doctrinam Africani in *L.* 38. *pr. de Solutionibus*, quod omni ſtipulationi hæc conventio, ſi res in eadem cauſſa maneat, tacite inſit, omnisque promiſſio, rebus ſic ſtantibus, intelligatur, defendi ſatis in *Specimine XL. de Pactis invalidis, med.* 4. nec deſinam tueri in

in posterum, etsi multi me ex iustitiæ & æquitatis regulis refellere tentarint; quibus ego paucissimis tunc respondebo: caussa consensus penitus sublata, consensum ipsum tolli sine dubio, atque adeo obligationem, cuius fundamentum consensus est, cessare. Neque est, quod cum aliquibus metuas, admissa hac doctrina, instabilem pactorum omnium & promissorum fidem fore. Nihil enim est, quod metuas, si modo magistratus officium suum facit, nec cuiuslibet circumstantiæ mutationem pro iusta contractus rescindendi caussa admittit. Prudentia hic opus est, & videndum sedulo, an talis conversio contigerit, ut, si eadem rerum facies, quæ nunc est, ab initio adfuisset, alter nihil promisisset. Videndum præterea, an mutatio hæc sine omni eius, qui recedere a pacto cupit, culpa acciderit. Si utrumque hoc videt iudex, obligationem iustissime remittit; quamvis firmissimam & iudicialiter comprobatam. Certe ICti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CC XXVIII. sponsalia, quorum tamen vinculum sacrosanctum esse creditur, ob faciem rerum penitus mutatam & quod sponsum nunquam sic fidem daturum fuisse animadverterent, dissolverunt: Daß Beklagter von angestellter Klage zu entbinden sey. V. R. W. Rat. dec. Beklagter hat sich mit der Klägerin gerichtlich verlobet, auch hat dessen Vater in die Verlöbniß gewilliget, und dabey der Klägerin ihre ruinirte Stätte wieder in Stand zu bringen und eine neue Stube daran zu bauen versprochen, sich jedoch Zeit-Lebens die Mitwohnung in der Stätte ausbedungen, welche ihm auch die Klägerin damalen zugestanden, allein folgends, ihrem eigenem Bekänntnisse nach, sich des letztern geweigert, und dadurch veranlasset, daß Beklagter von dem Ehe-Versprechen zurück getreten, worauf Klägerin ihn auf Vollziehung der Ehe verklaget, Beklagter hingegen vorgeschützet, Klägerin habe selbst das Ehe-Versprechen retractiret. Dieses ist ihm zu erweisen auferleget worden, und hat er auch würklich durch zwey eydliche Zeugen beygebracht, daß, nach-

dem sein Vater das zu dem versprochenen Baue nöthige Holz und Platz bereits gekauft gehabt, Klägerin ihm sagen lassen, sie wolle ihn nunmehr nicht haben, sie habe eine bessere Gelegenheit zu heyrathen, Beklagter solle mit seinem Vater ihr Haus räumem, worauf diese beyde letztere eine Haus-Stätte anderwerts gekauft, solche bebauet und das angeschafte Holz darzu verwendet. Nichts destoweniger ist gesprochen worden, Beklagter solle die Ehe vollziehen. Ob nun wol ein paar öffentlich und gerichtlich verlobte Personen solches Ehe-Verlöbniß privatim ohne erhebliche Ursache und ohne des Consistorii Bewilligung aufzuheben nicht berechtiget seynd, folglich die blosse Aufkündigung der Klägerin, und des Beklagten Zufriedenheit damit die sponsalia nicht dissolviret, so kommt es doch nunmehr darauf nicht, sondern eigentlich auf die Frage an, ob Beklagter in seinem Beweise solche Ursachen und Umstände angeführet, welche das löbliche Consistorium bewegen können, ihn von seinem Ehe-Versprechen loszuzählen. Dieses halten wir nun allerdings dafür, in Erwegung, daß 1) Klägerin durch Zurücknehmung des dem Vater gethanen Versprechens den vorgehabten Bau verhindert, und den Vater veranlasset, sein Geld und Holz anderweit anzuwenden, also die Sache in einen ganz andern Stand gesetzet, gestalt Beklagter weiter nicht vermögend ist, der Klägerin ruinirte, Stäte, auf deren Beziehung er bey dem Ehe-Versprechen das hauptsächliche Absehen gerichtet, wieder in guten Stand zu bringen und zu bewohnen, daß 2) den Rechten und der heutigen Consistorial-Praxi nach die Sponsalia, so lange die Schwängerung nicht darzu gekommen, auf Ansuchen eines Theils, daferne selbiges nur etwas wahrscheinliche Ursachen seiner geänderten Resolution anzeiget, wieder aufgehoben und dadurch unglückliche Ehen verhütet werden, *L. 1. 2. 5. C. de Sponsalibus, cap. 17. X. de Sponsalibus, Leyser in Medit. ad Pandect. Specim. 295. de Dissolutione Sponsaliorum, Medit. 2. & 4. ibique allegati*, daß 3) eine sehr wichtige Ursache ist, die Sponsalia aufzurufen, wenn die Sache in solchen Stand kömmt, in welchem, wenn sie anfänglich

anfänglich gewesen, das eine Theil sich nicht verlobet haben würde. Diesemnach haben wir Beklagten billig losgesprochen.

IV.

Mutatio rerum, quam paciscentes facile ab initio prævidere cavereque potuerint, non tribuit iustam recedendi ab obligatione caussam.

Regulæ, quam in præcedentibus commemoravi: quod omnis stipulatio rebus sic stantibus intelligatur, &, mutata rerum facie, obligare desinat; maximus est abusus. Confugiunt ad eam, quotquot promissionis suæ pœnitet, & casum ac vicissitudinem qualemcunque, in rebus humanis indeclinabilem, inconstantiæ suæ caussam obtendunt. Impudenter sæpe. Et faciunt id tamen etiam in negotiis ac controversiis publicis. Poteram exempla recentiora in medium adferre. Sed odium metuo. Igitur antiquius memorabo. Germaniæ principes ex pacto cum Henrico VI. Imp. inito filium eius Fridericum regem Romanorum elegerant, fidemque ei iuraverant, testibus *Conrado Vrspergensi p.* 305. & *Auctore gestorum Innocentii III.* §. 19. Principes LII. qui imperatorem eligere consueverint, consensisse & sigilla sua litteris super hoc confectis adpendisse, narratur in *Chronico Belgico magno ad A. C.* 1194. At, mortuo Henrico VI. maxima principum pars Fridericum deseruit, patruoque eius Philippo imperium detulit, qui ipse tamen, si verum in litteris ad Innocentium III. *n. CXXXVI. registri de negotio imperii n.* 747. scribit, omnes imperii principes litteris & nunciis solicitavit, ut Friderico, quem iam sibi in dominum & regem elegissent, & cui fidelitatem iurassent, sicut ex iuramento tenerentur, adsisterent, & ipsum vellent habere pro rege; sed frustra. Isti principum facto excusationem quæsiturus *Schilterus de Libertate*

ecclesiarum Germaniae lib. 5. *cap.* 7. §. 7. *Quamquam*, inquit, *ordines Imperii ex priori illa vivo patre facta promissione obligati videbantur adhuc & obstricti Friderico II. vix tamen vim amplius habuit haec obligatio, quum* nova caussa *iam esset, ut cum Paulo* l. 13. de procurat. *loquar, atque id actum inter paciscentes intelligeretur, ut familiae saltem imperatoris defuncti consuletur*, arg. l. 40. §. fin. D. de pact. *Tacite enim haec conventio omni obligationi inesse dicitur*, si in eadem caussa maneat, *secundum Africanum* l. 38. pr. de solut. *quod nostrates per clausulam*, rebus sic stantibus, *exprimunt, de qua* Tiraquell. in l. si unquam C. de rev. don. n. 130. & 167. praef. *Alciat.* de praesumt. Reg. 2. praes. 16. n. 6. *H. Grot.* I. B. 2. 16. 25. *Novam autem caussam dicimus, novas res, quas circa liberam Germanorum electionem imperatoris moliebatur pontifex, obtrusurus Ottonem & collisurus vires inter se Germaniae: in quo rerum statu pupillo imperium conferri vix tuto poterat.* Ego vero regulam istam nunquam infelicius adplicatam fuisse credo. Principes, quum, vivo Henrico, Fridericum eligerent, puerum illum esse, & in cunis, ut *Conradus Vrspergensis* ait, vagire videbant. Nec res, quas pontifex Romanus moliebatur, novae illis erant, qui turbas a pontificibus, ut antiquiores praeteream, Henrico IV. Henrico V. Friderico Barbarossae, Henrico VI. suscitatas ignorare non poterant. Ipse etiam Philippus argumentum a tenera Friderici aetate desumtum explodebat, dum in litteris, quas supra dixi, se pro conservando honore imperii tutorem offerebat, *usque dum ipse puer ad eam perveniret aetatem, quod ipse per se regere posset imperium, & iura eius requirere.*

V.

Digitized by Google

V.

Mutatio unius ex præcipuis circumſtantiis non quidem obligationem totam perimit, efficit tamen, ut ea temperanda & ad præſentem ſtatum accommodanda ſit.

Antequam hinc recedo, unum adhuc ad *Grotii* doctrinam monendum eſt. Admittit ille tandem *de Iure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 16. §. 25. regulam noſtram, quod promiſſa in ſe habeant tacitam conditionem, ſi res maneant, quo ſunt loco: ſed ægerrime, & non niſi cum hac limitatione; modo apertiſſime pateat, ſtatum illum præſenten in unica illa ratione incluſum eſſe. Deſiderat ergo Grotius converſionem rerum omnium, quæ priſtinum ſtatum prorſus tollat. At enim vero contingere poteſt, ut aliqua circumſtantia, præcipua quidem, ſed non unica promiſſionis ratio, tollatur. Tum vero prudentia opus eſt, atque promiſſio non penitus remittenda, ſed temperanda tamen, atque ad præſens tempus & conditionem accommodanda eſt. Res optime exemplo illuſtrabitur. Ordines provinciæ cuiusdam perpetuam ac indiſſolubilem principis ſui Cæſarisque auctoritate ineunt ſocietatem, atque ſimul onera communia & publica inter ſe diſpertiuntur. Ex his ordinibus civitas, quæ tunc florentiſſima erat, atque propterea magnam oneris partem ſuſceperat, incurſione hoſtium inſigniter vaſtatur, multumque ex priſtino flore & opulentia perdit. Petit ergo diſſolutionem ſocietatis, quamvis in æternum coitæ, ex ratione, quod omnis conventio, rebus ſic ſtantibus, intelligatur. Contra ceteri ordines ex Grotii doctrina negant, regulam huc trahi poſſe, quum opulentia civitatis, detrimentum deinde paſſæ, non fuerit unica ineundæ ſocietatis ratio. Conſulti ICti Helmſtadienſes menſe Aprili anni CIↃ IↃ CCXXVI. mediam tenuere viam, atque ipſam quidem unionem confirmarunt, ſed partem oneris civitati de vi hoſtium querenti detractam inter reliquos diſpertiti ſunt:

Haben

haben die sämmtliche Stände des Herzogthums Albanien in den Jahren 1425. und 1426. mit Consens ihres Landes-Herrn eine Vnion aufgerichtet, solche nachgehends im Jahre 1515 wiederholet und bestätiget, im Jahre 1523 deren Confirmation von Kayserl. Majest. erhalten, sich ferner im Jahr 1604 darzu bekannt. Als aber nachgehends im Jahre 1605 die Stadt Durazzo von den Venetianern ein Bombardement erlitten, so weigert sie sich anjetzo die ihr obliegende quintam der landschaftlichen Onerum abzuführen, wannenhero die übrige Stände von Albanien Klage bey dem Fürstl. Hof-Gericht zu Durazzo zu erheben gesinnet seynd. Nun haben die rationes der Stadt Durazzo nichts in recessu. Zwar führet sie an, 1) sie sey durch das Venetianische Bombardement in einen ganz andern Stand gerathen, mithin, und da ein jedes pactum die stillschweigende Condition rebus sic stantibus in sich begreife, an das pactum vom Jahre 1425 ferner nicht gebunden, 2) habe sie das Vermögen nicht, das gefoderte quantum aufzubringen, 3) stehe ja einem jedem Socio frey, die Societät, wofür gegenwärtige Vnion zu achten, nach Belieben wieder aufzurufen. Alldieweil aber 1) die Stadt Durazzo durch das ausgestandene Bombardement nicht aufgehöret eine Stadt und Land-Stand von Albanien zu seyn, also die Vnion an sich selbst, in welche sie lediglich in dieser Qualität getreten, durch das ausgestandene Bombardement und den dadurch erlittenen Schaden keineswegs aufgehoben worden, also die Rechts-Regel, quod omne pactum intelligatur rebus sic stantibus, allhier weiter nicht Platz findet, als, daß die Stadt Durazzo einige Minderung des im Jahre 1425 in Ansehung ihres damalen florisanteren Zustandes übernommenen Quanti begehren kann, hiernächst 2) allhier gar nicht die Frage ist, ob das einem Land-Stande bey dessen Flore aufgebürdete Quantum wegen erlittener Unglücks-Fälle zu vermindern sey, sondern eigentlich darüber gestritten wird, ob das Erkänntniß darüber, wie viel dem ruinirten Stande zu erlassen sey, und wie lange die Remission dauren solle, dem die Remission suchenden

Stande,

Digitized by Google

Stande, oder vielmehr der ganzen Landschaft zustehe, welche letztere auch der gesunden Vernunft nach bejahet werden muß, ferner 3) die eingegangene Vnion eigentlich keine Societät ist, indem die Stände des Herzogthums Albanien schon vorher als ein corpus zu consideriren gewesen, und diesen nicht aus ihrem arbitrio, sondern aus den allgemeinen Reichs- und Landes-Verfassungen dependirenden nexum nicht einmal mit gemeinen Consense aufheben können, mithin dieses einer einigen Stadt um so viel weniger frey stehet, da ohnedes die privatim aufgerichtete Societäten, wenn sie publica auctoritate bestätiget seynd, und deren Dissolution dem gemeinen Besten zuwider liefe, nicht aufgerufen werden können, *Schilterus Exercitatione ad Pandect.* 20. §. 77. *Hornius in Iurisprudentia feudali append.* 2. *Responso* 7. So halten wir dafür, daß das uns zugesandte Implorations-Schreiben wohl gegründet sey.

SPECIMEN DXXI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLV. TIT. I.
DE
PROMISSIONE FACTI ALIENI.

I.

Factum alienum promisisse nemo præsumitur.

II.

Ei ergo, qui de se promisit, non imputatur, quod quis ex proximis eius contra facit.

III.

Imputatur tamen tunc, quum probiberi id potuit.

IV.

Vera lectio legis 109. *de Reg. iuris indagatur.*

Qui paciſcuntur, non de aliis, ſed de ſe ſuisque rebus cogitant, atque adeo ſe ſolos obligant, nec aliorum facta promittunt. Itaque in dubio non præſumitur promiſſio facti alieni, niſi promittens id evidenter declararit. Conſequitur hinc porro, ei, qui de ſe quid promiſit, non imputari, quod aliquis, etiam ex eius neceſſariis & proximis, quid contra ea, quæ ille promiſit, faciat. Vna tamen addenda eſt exceptio, niſi ſcilicet in eius, qui de ſe quid promiſit, poteſtate ſit poſitum, prohibere, ne quis tertius contra ea, quæ ipſe promiſit, veniat. Nam, qui non prohibet, ubi prohibere poteſt, ipſe quodammodo id, quod alter faciat, facere cenſetur. Nota eſt *lex* 109. *de Regulis iuris*, cujus veram lectionem poſt tot ſæcula nuper demum reſtituit *Iauchius in Meditationibus criticis de Negationibus Pandectis Florentinis recte vel male adiectis vel adiiciendis.* Equidem ego, quod obiter hic dico, difficillimus ſum in emendationibus legum, quas Critici paſſim excogitant, admittendis, adeo, ut, dum Cuiacium, Gothofredum, Noodtium, Bynkershoekium ceteroſque eius generis heroas lego, ex integris ſingulorum iſtorum auctorum operibus vix duas, rariſſime plures, coniecturas comprobem. Sed ſunt tamen aliquæ inter eas tanta veriſimilitudine & felicitate repertæ, ut adſenſum vel invito extorqueant. In harum numero & Iauchiana illa eſt circa *L.* 109. *de Reg. iuris.* Ea lex in exemplari Florentino ſic legitur: *Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, quum prohibere poteſt.* Falſa eſt hæc regula, atque pugnat cum aliis legibus, inprimis cum *L.* 1. *de His, qui not. infam. L.* 2. §. 1. *L.* 3. *de Noxal. act.* Viderunt hoc *Accurſius, Haloander, Dionyſius, Gothofredus,* atque

que editionibus ſuis ante vocem *poteſt*; voculam *non* infarſerunt. Frigidiſſime profecto. Aeque enim ſtultum eſt, dicere: nullum crimen pati hunc, qui non prohibet, dum prohibere non poteſt; quam ſi dicas: nullum crimen pati eum, qui Danubii, rapidiſſimi amnis, curſum non inhibeat. Quod quum animadverteret *Iac. Gothofredus in comment. ad h. L.* retinuit lectionem Florentinam, & explicuit aliter, quam vulgo ſolent, ſed tam contorte, ut nihil obſcurius. Supervenit tandem noſtra ætate *Iauchius*, atque difficultates omnes feliciſſime ſuſtulit, prima voce *nullum* in *nonnullum* commutata. Egregie profecto. Nam peccat utique, qui non prohibet, dum prohibere poteſt, etſi minus, quam ille, qui ipſe facit aut facere iubet; quod per vocem: *nonnullum;* mirifice exprimitur. Sed redeo in viam, atque dico, nonnullum crimen etiam pati eum, qui contra promiſſionem ab altero, quem prohibere poterat, fieri quid patitur. Exemplum illuſtre ſuggeret Philippus Valeſius, Galliarum Rex, qui Ludovico Bavaro, ſe ei bellum haud illaturum eſſe, promittebat et tamen filium ſuum id facere ſinebat, neque ſic fidem a ſe datam frangi credebat. Reprehendit hoc factum ex ſucceſſoribus Philippi Henricus IV. rex optimus & prudentiſſimus, atque apud *Baptiſte le Grain decade du Roy Henry le Grand liv.* 8. *pag.* 781. hoc de Philippo iudicium tulit: *Il eſtoit grand, mais il avoit des ſubtilitez en ſes parôles, plus ſeantes à des eniolleurs de petits enfans, qu' à un Roy, comme eſtoit ceſte-cy, que ie n' approuve pas. Il avoit traicté avec l' Empereur Louys de Bavieres & promis par le traicté de ne faire la guerre à l' Empire. Contre lequel neantmoins il dreſſa des armées par mer & par terre, les quelles il ietta és pays bas, ſous la conduite du Duc de Normandie ſon fils aisné, qui fut defaict ſur mer à l' Excluſe, & ayant aſſiegé la ville de Thin, le Roy ſon pere eſtoit en ce Siege, comme ſoldat combatant, ſous ſon fils, & eſtant neantmoins l' un de*

ses Conseillers, estimant par ceste captieuse équivocation ne pouvoir estre blamé de rompre le traicté, qu'il avoit fait comme Roy de France, comme si ce n'estoit pas la mesme chose, faire quelque entreprise par soy-mesme, ou le faire par autruy.

V.

Qui generaliter quid promittit, quod partim suum partim alienum est, suam tantum partem promisisse censetur.

VI.

Obligatur tamen in solidum tunc, quum alter, cui promissio facta, hoc ignoravit.

Ex regula, quam in principio huius speciminis commemoravi, porro fluit: eum, qui facturum quid vel daturum se promittit, quod partim in ipsius partim in aliena potestate est, de sua tantum parte sensisse, quamvis generaliter loquutus sit. Trahi huc potest argumentum a legatis, in quibus rem sibi cum alio communem tertio legans partem suam tantummodo legasse censetur. *L.* 5. §. 1. & 2. *de Legatis* 1. *L.* 30. §. 4. *de Legatis* 3. Adde *L.* 25. §. 1. *de Verb. signif.* Dabo exemplum: Privigni post patris sui mortem cum noverca transegerant, atque illi frumentum, quod in paterna hereditate reperiebatur, cesserant. Erat mulieri filius ex eodem patre genitus, privignorum istorum coheres, cui pars frumenti sine dubio debebatur. Eam quoque partem sibi a privignis cessam muliercula aiebat, filioque suo aliunde a cedentibus satisfaciendum esse credebat. At ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIↃIↃCCXIII. secundum privignos responderunt: Wird gefraget, ob die Wittwe von dem ihr von den Kindern erster Ehe überlassenen Maltze, Korn,

Korn, Hopfen und Holze, ihrem Sohn sein ihm daran zustehendes Theil reichen müsse? Ob nun wol die Wittwe vermöge des mit ihren Stief-Kindern getroffenen Vergleichs besagtes Maltz, Korn, Hopfen und Holz eigenthümlich haben sollen, und es also scheinet, daß das dem Sohne anderer Ehe daran zukommende Theil ihr gleichfalls abgetreten worden, dieser aber die Ersetzung des ihm dadurch zuwachsenden Schadens von seinem älteren Geschwister fodern könne. Dennoch aber und dieweil derjenige, welcher dem andern eine Sache überlässet, die ihm mit einem tertio gemeinschaftlich zustehet, jenem nichts mehr als sein daran habendes Theil abzutreten præsumiret wird, dawider denn nichts machet, daß die Kinder in dem Vergleiche generaliter Maltz, Korn, Hopfen und Holz benennet, indem sub appellatione totius öfters auch pars pro indiviso verstanden wird, welches allhier um so viel desto mehr statt finden muß, da die Wittwe, daß ihrem Sohne ein Theil an den ihr versprochenen Sachen zustehe, wol gewust; So ist dieselbe besagtem Sohne sein Theil an dem überlassenen Maltze, Korn, Hopfen und Holze zu reichen verbunden. Supponi tamen hic oportet, eum, cui res ex parte aliena promittitur, scire, partem aliquam promittentis non esse. Nam si hoc ignoravit, atque promittens generaliter rem promisit, generaliter quoque obligatur, quoniam clarius, ut potuit & debuit, non est loquutus.

VII.

Qui factum alienum promittit, nec de iure civili nec de iure naturali obligatur.

De iure civili certum est, non obligari eum, qui alium daturum facturumve quid promittit. Vide *L.* 83. *pr. de Verborum oblig.* & §. 3. *I. de Inutil. stipul.* Sed nec iure naturali secus est. Nam, dum aperte de altero loquor, nec quidquam de meo admisceo, aperte satis præ me fero, me mihi necessitatem nullam imponere velle. Alter paciscens ergo, qui fideiussionem vel evictionis præstationem a pro-

 mittente

mittente exigere voluit, mentem clarius exprimere debuit, &, quia id non fecit, damnum, si quod patitur, imprudentiæ suæ imputet. Consentit *Pufendorffius de Iure naturæ & gent. lib.* 3. *cap.* 7. §. 10. Ex hac regula igitur: quod facti alieni promissio non obliget promittentem; controversiæ etiam illustres, in quibus naturale magis quam civile ius spectatur, decidendæ sunt. Exemplum hoc esto: Russorum exercitus per æstatem anni 1713. stativa in Pomerania habuerat, atque se ibidem quoque hyematurum minabatur, ni sibi naves, quibus in Livoniam exportaretur, Pomerani commodarent. Pomerani, qui ista hyberna sibi exitio futura prævidebant, naves magna mercede conducere volebant, sed nullas inveniebant, quod navarchi se post traiectum a Russis retentum iri metuebant. Intervenit tandem regis Prussiæ legatus, & fidem primum accipit a Russici exercitus duce, naves retentum non iri, deinde cum navarchis contrahit, iisque liberum a Russis reditum inter alia pollicetur. Nixi hac promissione navarchi naves locant, exportantes Russos, sed redituri contra fidem datam retinentur, atque inde ingens damnum sentiunt. Dimissi tandem post longam moram legatum Prussicum in iudicium vocare constituunt. Sed dissuaserunt hoc iis ICti Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CC XIX. ex his rationibus: Wird gefraget, ob die Schiffer, welche die Rußische Völker im Jahre 1713. aus Pommern nach Liefland übergeführet, und daselbst von den Russen wider ihr gethanes Versprechen aufgehalten worden, aus dem mit dem Königl. Preußischen Bevollmächtigen Herrn General-Lieutenanten von Borck geschlossenen Contracte eine Schadloshaltung prætendiren können. Weil aber die in dem fol. 123. befindlichen Contracte enthaltene Worte: Sollen die Schiffer, so bald sie die Lieferung *præstiret*, frey seyn, und aufs schleunigste *dimittiret* werden, laut der darüber von Sr.

Durchl.

Durchl. dem Fürst *Menzikoff sub dato* Stettin *de* 15. *Octobr.* 1713. ausgestellten hohen Versicherung; genugsam an den Tag legen, daß der Herr General-Lieutenant von Borck den Schiffern keine Schadloshaltung versprechen, sondern dieselbe der von ihnen prætendirten schleunigen Dimission halber lediglich auf die Fürstl. Menzikoffische Versicherung verweisen wollen, immassen denn ohnedem Rechtens, daß derjenige, welcher etwas, so nicht in seiner, sondern eines tertii Macht stehet, verspricht, nicht verbunden sey, daferne er die Obligation nicht ausdrücklich über sich genommen; So mögen die Schiffer aus dem mit dem Herrn General-Lieutenant von Borck geschlossenen Contracte keine Schadloshaltung prætendiren.

VIII.

Factum alienum simpliciter promittens eatenus saltem obligatur, ne ipse quid contra faciat.

Hæc thesis in recta ratione & *L.* 38. *pr. de Verborum oblig.* fundata optime illustrabitur responso a ICtis Helmstadiensibus mense Aprili anni CIϽ IϽ CC XIII. exarato: Hat Sempronia den wider Mevium angestellten Iniurien-Procefs, ungeachtet ihr Ehemann Sempronius sich mit demselben verglichen, und solchem Processe sowohl vor sich als im Namen seiner Frauen renunciiret, nichts destoweniger fortgesetzet, da dann zu wissen verlanget wird, ob besagter Mevius den Sempronium dieserhalb ad præstandam evictionem und interesse belangen könne. Nun ist zwar bekannten Rechtens, daß derjenige, welcher sich vor eines andern Bevollmächtigten ausgiebt, und in dessen Namen etwas schliesset oder handelt, cautionem de rato bestellen, und nachgehends, wenn sein Principal die Handlung nicht genehm hält, das interesse und den daraus erwachsenen Schaden dem

dem andern ersetzen müsse; *L.* 13. & 19. *Rem ratam haberi;* wannenhero es das Ansehen gewinnet, als ob die von Mevio wider Sempronium angestellte Interessen-Klage allerdings statt finde; Alldieweil aber ein Ehemann vor seiner Frauen zu stehen oder derselben Obligation zu übernehmen nicht schuldig ist, im Fall er sich nicht ausdrücklich vor selbige verbürget, Maritus pro uxoris obligatione conveniri non potest, nisi ipse pro ea se obnoxium fecit, *L.* 3. *C. Ne uxor pro marito*, dergleichen Verbürgung aber allhier nicht zu befinden, hiernächst Sempronius bey dem in seinem und seiner Frauen Namen aufgerichteten Vergleiche sich weder vor ihren Bevollmächtigten ausgegeben, noch cautionem rati bestellet, sondern mehr nicht, als ein factum alienum, daß nemlich seine Frau den angestellten Iniurien-Procefs liegen lassen solle, versprochen, bey welcher Bewandniß er selbst zu weiter nichts verbunden ist, als nur, daß er Fleiß anwende, damit seine Ehe-Frau solches Versprechen halte, im übrigen aber, und wenn sie es nicht thun will, keines Weges belanget werden mag; So erscheinet dannenhero so viel, daß Mevius den Sempronium ad interesse & præstandam evictionem zu belangen nicht berechtiget sey. Wird ferner angefraget, ob Sempronius ihr in diesem fortgesetzten Processe Beystand leisten, und sie vor Gerichte vertreten könne. Wiewol nun dieses einiger Maassen daher entschuldiget werden könnte, daß Sempronius nicht mehr als ein factum alienum, seine Frau solle nemlich den erhobenen Procefs fallen lassen, versprochen, diesemnach da selbige es nicht thun will, seine Obligation gänzlich erleschen zu seyn, und er Macht zu haben scheinet, seiner Frauen Procefs als legitimus Procurator zu führen. Weilen aber derjenige, so ein factum alienum verspricht, wenigstens so weit verbunden ist, daß er selbst solchem Versprechen in keinem Stücke zuwider handele; überdies Sempronius in dem Vergleiche sich ausdrücklich verbindlich gemacht, er wolle weder vor sich noch im Namen seiner Frauen jemals der Iniurien wegen wider

wider Mevium weiter eine Ansprache machen; So thut bey diesen Umständen Sempronius besser, daß er sich des Patrociniirens in dem von seiner Frauen fortgesetzten Iniurien-Processe enthalte.

IX.

Qui operam suam vel curam in facto alieno promittit, hac praestita, liberatur, etsi nihil effecerit.

X.

Is vero, qui effecturum se promisit, praeter operam etiam effectum, aut, si hunc non potest, interesse praestare debet.

Dixi modo de casu, quo quis factum alienum simpliciter promittit, nec quidquam de se admiscet. Venio nunc ad alterum, qui magis controversus est, quando scilicet promissor simul de se quid pollicetur. Promittentem tunc obligari, Iustinianus in §. 3. *I. de Inutil. stipul.* ait. At haec decisio Iustiniani novas peperit inter interpretes lites. Quaerunt scilicet, utrum promissor, si modo omnem diligentiam adhibuerit, nihil tamen profecerit, liberetur, an vero & tunc ad interesse obligetur. Tractant hanc quaestionem operose *Cothmannus vol.* 5. *Responso* 50. & *Mevius P.* 6. *dec.* 406. Ego inspiciendum esse puto, quibus verbis usus sit promissor. Si operam suam simpliciter pollicitus est, non potest etiam ultra, quam ut hanc praestet, obligari. At si cum opera sua simul effectum promisit, opera sola & diligentia, quamvis enixe adhibita, non sufficit. Multum igitur inter haec duo interest: Curabo, ut Titius tibi solvat; et: Efficiam, ut Titius tibi solvat. Hunc in modum litem istam diremit olim *Elector Saxo*, qui *in Decisione* 42. constituit: Wenn einer verspricht, er wolle verschaffen, daß der *Creditor* bezahlet werde, oder doch ohne Gefahr seyn solle; So ordnen und setzen wir, daß eine solche Person um dieser

Digitized by Google

Rede willen, wofern der Schuldner die Zahlung nicht leisten kann, vor die erborgte Summa oder getrauete Waaren haften und gelten solle. Wenn er aber keine verbindliche Worte gebrauchet, sondern nur seinen Fleiß bey der Bezahlung anzuwenden versprochen, so mag er auch deswegen *actione mandati* oder *in factum*, oder auch sonsten beständiglich nicht belanget, noch die Zahlung vor den andern zu leisten angehalten werden. Quæ lex Saxonica in recta ratione & analogia iuris civilis fundamentum habet, atque adeo & extra Saxoniam iure obseruatur. Moneo saltem, *Philippi*, qui *Decisiones Saxonicas* in Latinam linguam transtulit & commentario auxit, verba illa: er wolle verschaffen; male vertisse: *se curaturum*. Debuisset vetere: *se effecturum*. Nam promissio curæ ad diligentiam saltem obligat. Illustrabit hanc doctrinam sententia ICtorum Helmstadiensium mense Ianuar. anni CIϽ IϽ CCXVI. concepta: Daß Beklagter von der angestellten Klage zu entbinden, es könnte und wollte denn Kläger binnen 4 Wochen, welche ihm hiermit pro omni termino anberaumet werden, besser, als geschehen, erweisen, daß Beklagtens Bruder ihm das Krullische Inventarium ordentlich als sein Eigenthum verkaufet, oder sonst die Gewehr deshalben versprochen, solches aber von der Cammer weggenommen worden. V. R. W. Rat. dec. Es fodert Kläger die Gewehr wegen des Krullischen ihm von Beklagtens Bruder vor 3558 Rthlr. verkauften, von der Cammer aber hinweg genommenen Inventarii. Die Argumenta, so er vor sich anführen kann, seynd eine unter Beklagtens eigenen Sachen gefundene Punctation. Alldieweil aber die in der Punctation befindliche Worte, worinnen der Ober-Hauptmann dem Kläger der Effecten und Inventarii halber, damit er desto mehr versichert seyn möge, alle erdenkliche Assistence zu leisten, daß er, so viel, als in des Ober-Hauptmanns Vermögen, ohne Schaden bleiben möge, verspricht, Klägern sonderlich im Wege stehen, als wodurch der Promissor weiter nicht, als allen möglichen Fleiß anzuwenden, verbunden

bunden wird; So haben wir Beklagten los gesprochen, Klägern aber doch eventualiter, den Beweis zu führen, und zu dessen Behuef die nöthige Documenta von Beklagten zu fodern, vorbehalten.

XI.

Qui ratione officii, se effecturum, ut alter solvat, promittit, nec ultra diligentiam, nec finito officio obligatur.

Creditor studiosi rectorem academiæ adit, opemque contra debitorem illum morosum flagitat. Respondet rector: efficiam, ut tibi solvatur, ich will ihm sein Geld schaffen. Facit etiam deinde omnia, quæ potest, sed frustra, atque tandem magistratu, re infecta, decedit. Tum creditor, postquam nihil se a debitore consequuturum videt, rectorem illum, nunc privatum factum, corripit & in ius trahit, verba illa, quibus non operam solum, sed effectum ipsum spoponderat, obiectans. Verum profecit nihil. Reus scilicet ex duplici capite absolvendus erat, primum, quod, qui ratione officii promittit, nunquam personam bonaque sua obligare censetur, nisi hoc clare dixerit, arg. *L.* 20. *de Institoria actione.* Deinde: qui tanquam officialis contrahit, finito officio, non tenetur. *L.* 5. §. 1. *Quando ex facto tutoris.* Adde *Struvii Iurisprudentiam lib.* 1. *tit.* 22. §. 6. Hæc, quæ dixi, non solum in magistratibus, sed & tutoribus, curatoribus, procuratoribus, institoribus, præfectis fisci locum habebunt. Vide simillimum exemplum apud *Heringium de Fideiussoribus cap.* 27. *P.* 1. *n.* 107.

Digitized by Google

SPECIMEN DXXII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLV. TIT. II.

DE

CORREIS.

I.

Correalis obligatio quadrupliciter constituitur, vel conventione, vel testamento, vel delicto, vel lege.

II.

Vbi nullum horum adest, singuli promittentes saltem pro rata obligantur.

III.

Etiam plures, qui unum cambium signarunt, singuli pro parte tenentur.

Correalis obligatio nunquam præsumitur in dubio, sed plures, qui simul unam summam promittunt, vel uni chirographo subscribunt, singuli non in solidum, sed pro rata saltem conveniri possunt, tametsi reliqui non solvendo sint. *L.* 11. §. 1. & 2. *de Duobus reis*, *L.* 5. *C. Si certum pet.* Quatuor autem sunt fontes correalis obligationis, conventio, quum plures expresse se in solidum obligant, testamentum, quando testator heredes suos, inter quos actiones alias ipso iure sunt divisæ, in solidum singulos quid præstare iubet, *L.* 9. *pr. L.* 17. *de Duobus reis*, delictum, quoniam plures delinquentes singuli in solidum tenentur, *L.* 11. §. 2. *Ad legem Aquil. L.* 1. *C. de Condict. furt.* denique lex, ut in pluribus tutoribus. *L.* 1. §. 12. de

Digitized by Google

de Admin. & per. tut. Vbi ergo nec conventio, nec teſtamentum, nec delictum, nec lex adeſt, correalis quoque obligatio ceſſat, & ſinguli promittentes partem ſaltem eius, quod ſimul promiſerunt, debent. Quæ iuris communis regula etiam in cambiis locum habere debet, quum hæc nullibi excipiantur. Et ſic ICti Vitembergenſes apud *Bergerum P. I. Reſponſo* 277. reſponderunt. Diſſimulandum tamen non eſt, mutaſſe eos deinde ſententiam, atque plures, qui cambio ſubſcripſerunt, ſingulos in ſolidum, etſi ſe ita non obligaſſent, condemnaſſe. Vide eiusdem *Bergeri Oeconomiam iuris pag.* 608. & *Franckii Inſtitutiones iuris cambialis lib.* 1. *ſect.* 1. *tit.* 9. §. 14. Secundum primam ſententiam extra Saxoniæ electoratum iudicari ſolet. Verum poſterior in Saxoniæ electoratu lege nova ſtabilitur, ſcilicet **in dem Anhange der erläuterten** *Proceſs*-**Ordnung** §. 13.

IV.

Factum correi correo alteri & nocet & prodeſt.

V.

Arreſtum ab uno correo impoſitum & alteri prodeſt; nec in eius præiudicium a magiſtratu remitti poteſt.

Quod Pomponius in *L. pen. de Duobus reis* ait: *Ex duobus reis alterius factum alteri quoque nocet*; huic ex regulis iuſtæ interpretationis addi oportet: *vel prodeſt.* Nam ſecundum naturam eſt, commoda eum ſequi, quem ſequuntur incommoda. *L.* 10. *de Reg. iuris.* Exemplum hoc eſto: Duo pro conductore prædii equeſtris apud equitem locatorem fideiuſſerant, ſinguli in ſolidum. Ex his unus, quum conductorem bonis labi animadverteret, arreſtum rebus eius apud locatorem imponit, ſed mox ipſe foro cedit. Exportat igitur res ſuas conductor, fugamque capeſſit, connivente & arreſtum remittente locatore, qui ſatis ſibi per alterum, qui ſupererat, fideiuſſorem cautum credebat. Vocat deinde hunc illum in ius, atque debitum a conductore

 fugitivo

fugitivo contractum poscit. Excipit fideiussor, deduci oportere de summa æstimationem rerum arrestatarum, quas conductor, connivente locatore, clanculum exportasset. Replicat locator, arrestum hoc, quod alius imposuisset, reo, qui id non flagitasset, ius nullum dedisse. At ICti Helmstadienses mense Februario anni CIƆ IƆ CC XXV. litem secundum reum dederunt ex his rationibus: Was die Haupt-Klage betrift, so fällt zwar, da der Mit-Bürge nicht solvendo ist, die vorgeschützte exceptio divisionis hinweg. Allein es hat Klägerin daran, daß sie die von dem Mit-Bürgen zu gemeinschaftlicher Sicherheit mit Arrest beschlagene Sachen, ohne den Beklagten davon vorhero zu benachrichten, los gegeben, allerdinges unrecht, und wider die Billigkeit und Rechte gehandelt, nach welchen das factum eines correi, desgleichen die von Bohnen geschehene Arrestirung gewesen, dem andern correo sowohl nützlich als schädlich ist; Diesemnach hat auf Abzug der aus dem Arreste gelassenen Sachen gesprochen werden müssen.

VI.

Creditor, qui ex pluribus correis unum elegit, tamen, hoc relicto, alterum convenire in solidum potest.

Inprimis notabile est variandi beneficium, quod Imperatores in *L.* 23. & 28. *C. de Fideiussoribus* creditori, plures correos aut confideiussores habenti, concedunt, ut, electo licet uno ex his, actio tamen ei contra reliquos integra maneat. Qua lege ius antiquum, quod secundum *L.* 2. *de Duobus reis* & *L.* 16. *C. de Fideiussoribus* creditori hanc variandi potestatem adimebat, sublatum est. Sed hic quæstionem inter se Doctores movent, utrum creditori liceat, deserta, quam contra unum instituit, actione, & illo nondum excusso, alterum convenire, an vero hoc casu exceptio litis pendentis ipsi obiici queat. Sunt nonnulli, qui exceptionem hanc locum habere putant; *Müller de Odio variationis c.* 3. §. 13. *Schilterus Ex.* 48. §. 17. 26. & *Stryk.* in

in Cautelis Contractuum sect. 2. *c.* 5. §. 16. At his, qui *L.* 28. *C. de Fideiussoribus* accurate perpendunt, contrarium sine dubio verius videbitur. Verba Imperatoris: *In duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione præiudicium creditori adversus alium fieri non credentes, sed remanere ipsi creditori actiones integras;* manifeste satis ostendunt, voluisse illum plenam eligendi & electionis mutandæ libertatem creditori concedere, nec necessitatem imponere actionem cœptam prius ad finem perducendi. Deinde ipsa exceptio litis pendentis eius naturæ est, ut hic locum non reperiat. Ad eam enim ex confessione DD. requiritur, ut eædem utrobique sint personæ. *Martini ad Processum tit.* 11. §. 2. *n.* 448. Itaque exceptio litis pendentis tertium, cum quo controversia nondum fuit, iuvare nequit. *Mevius P.* 7. *D.* 22. *n.* 2. *&* 3. Cetera argumenta vide apud *Salgado in Labyrintho creditorum P.* 1. *c.* 17. ubi ostendit, creditori variänti & ab uno fideiussore, quem iam elegerat, ad alterum transeunti exceptionem litis pendentis non nocere. Cuius sententiam quoque sequuti sunt ICti Helmstadienses, atque ita mense Februario anni CIƆ IƆ CCXVII. responderunt: Hat die Cammer einem Amtmanne bey Abnahme seiner geführten jährlichen Rechnungen notata gemacht, welche denn der Amtmann zwar beantwortet, aber ohne Effect, indem die Cammer ihm militarische Exsecution ein halb Jahr lang ins Haus geleget, auch endlich so viel, als ihr beliebet, von dessen unbeweglichen Gütern sub hasta verkaufen lassen. Entstehet also die Frage, was der Amtmann aus den ihm gezogenen notatis den Rechten nach zu zahlen schuldig sey. Nun entschuldiget der Amtmann unterschiedene ihm gezogene Defecte damit, daß er diesfalls von dem Cammer-Rathe A. Assignationes empfangen, dieser A. auch solche Posten bey der Commission vor seine Schuld erkannt, und in dem ihm gezogenen Liquido mit aufgeführet. Daferne aber der Amtmann die Adsignationes nur aus guter Freundschaft oder Vertrauen von

dem A. angenommen, anbey die Cassa von diesem letzteren ihre völlige Befriedigung und Sicherheit noch nicht erlanget, so ist sie sich diesfalls an den Amtmann zu halten wol berechtiget, und stehet ihr die bereits mit dem Cammer-Rathe gepflogene Berechnung nicht im Wege, indem ja auch einem privato, der wegen einer Foderung mehr debitores, und davon bereits einen in Anspruch genommen hat, frey stehet, von diesem wieder abzugehen und den andern, von welchem er das Seinige eher zu erhalten hoffet, anzugreifen.

SPECIMEN DXXIII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLVI. TIT. I.
DE
FIDEIVSSORIBVS:

I.
Consensus in fideiussione quibuscunque verbis vel factis declarari potest.

II.
Valet fideiussio, quamvis partes nihil de ea dixerint, sed aliud plane contractus nomen formamque adhibuerint.

Quod in *L.* 27. *C. de Locato* constitutum est, ut fideiussiones nudo pacto initæ haud obligent, hoc ad ius Romanum vetus pertinet, atque per famosam Leoninam constitutionem in *L.* 10. *C. de Contrah. & commit. stip.* antiquatum est. Hodie certe ex omnium confessione sufficit ad fideiussionem consensus qualitercunque declaratus, non verbis solum, sed factis etiam, ut recte *Heringius de Fideiussoribus cap.* 11. n. 54. & 165. ait. At exempla

Digitized by Google

pla quidem illa, quæ communiter adferuntur, quando quis nempe creditori interroganti ſtipulatam manum porrigit, vel chirographo, in quo fideiuſſor nominatus eſt, ſubſcribit, parum dubii habent. Ego vero longius progredior, atque poſſe etiam conſenſum in fideiuſſione factis declarari, quamvis nemo quidquam de fideiubendo vel intercedendo dixerit, atque etiam negotium a fideiuſſione penitus diverſum geſtum ſit, credo. Exemplum hoc eſto: Trivultius a Seſſonio mille mutuaturus, quum fidem ſe apud illum difficulter inventurum animadverteret, Germanum, amicum ſuum locupletem, adit, atque ab eo chirographum, ſeu litteras cambiales, quibus Germanus ſe Trivultio mille debere profitetur, accipit, has ad Seſſonium defert, eique optime gnaro, nihil Trivultio a Germano deberi, cedit, ſeu, ut loquimur, indoſſat, ac ita mille illa, quæ mutuo ſumere volebat, ab eo aufert. Labitur deinde facultatibus ac foro cedit. Tum Germanus, qui iudicium ſibi a Seſſonio imminere videt, hunc occupare conſtituit, atque condictione ſine cauſſa chirographum ſuum, quod cauſſa mutui falſo in eo expreſſa eſſet, repetere parat, in *L.* 5. *C. Si certum petatur* innixus. Conſulit tamen ante ICtos Vitembergenſes menſe Octobri anni CIↃIↃCCX. Hi vero, nihil eum effecturum, prædixerunt. Aderat enim utique debendi cauſſa, fideiuſſio ſcilicet, aut etiam expromiſſio, etſi de ea nec verbulum quidem dixiſſent partes. Nec oberat confeſſio de mutuo contra veritatem chirographo inſerta. Nomen enim contractus, falſo expreſſus, contractum, qui vere ſubeſt, non vitiat. *L.* 1. *L.* 3. *C. Plus valere quod agitur.* Poterat etiam dici, novationem interveniſſe, atque fideiuſſionem in mutuum converſam fuiſſe, quod iura ſine dubio permittunt. Sic itaque reſponſum fuit: Hat Germanus gegen Empfahung eines Schadlos-Scheines dem Trivultio, dem er doch nichts ſchuldig geweſen, einen Wechſel-

 Brief

Brief auf 1000 Rthlr. ausgestellet, welchen dieser hinwiederum an seinen Gläubiger Sessonium, dem solches alles bekannt gewesen, indossiret. Als nun Sessonius die Bezahlung von Germano gefodert, ist dieser aus Furcht, daß nach Wechsel-Recht mit ihm möchte verfahren werden, einen neuen Wechsel, doch nur auf 560 Rthlr an Sessonium selbst, als ob er von diesem die valuta bekommen, auszustellen bewogen worden. Weil aber Germanus wohl siehet, daß er von Trivultio, dessen Schadlos-Schein er annoch in Händen hat, und der anjetzo in Abfall seines Vermögens gerathen, sich schlechten Beystandes oder Wiederbezahlung getrösten könne, so ist er den Wechsel-Brief von Sessonio per condictionem sine caussa wieder zu fodern gesinnet, und will, ob diese seine Klage gegründet, belehret seyn. Ob nun wol die in beyden sowohl auf Trivultium als Sessonium gerichteten Wechsel-Briefen enthaltene caussa debendi, als ob Germanus valutam von ihnen empfangen, falsch und erdichtet, solches auch dem Sessonio wohl bekannt gewesen; Dieweil aber dennoch Germanus den Wechsel-Brief Trivultio, um selbigem bey Sessonio Credit zu machen, ausgestellet, auch, wie aus des Trivultii Revers sub B. erhellet, damit, daß Trivultius diesen Wechsel dem Sessonio zu dessen mehrerer Sicherheit übergeben, wohl zufrieden gewesen; woraus des Germani Intention, vor dem Trivultio gut zu sagen, klärlich hervor scheinet, bey welcher Bewandniß es an einer caussa debendi in gegenwärtigem Falle nicht ermangelt, die zwar in den beyden Wechsel-Briefen nicht selbst, sondern an deren Stelle caussa mutui durch eine in Rechten vergönnete Novation ausgedrücket worden; So ist Germanus, condictionem sine caussa wider Sessonium anzustellen, nicht berechtiget.

III.

Milites & clerici fideiubere prohibentur.

IV.

Digitized by Google

IV.

Eae prohibitiones usu non sunt sublatae.

Iura nostra Romana fideiussiones militum item clericorum in laicorum caussis districte prohibent, atque irritas declarant in *L.* 31. *C. de Locato* & *Novella* 123. *cap.* 6. Et ius canonicum iuris Romani constitutionem quod ad clericos non confirmat solum, sed etiam poenam abiectionis seu depositionis in clericos fideiussores addit in *c.* 1. & *pen. X. de Fideiussoribus.* Plerique commentatores, istas prohibitiones usu fori sublatas esse, audacter adfirmant. Multi tamen de eo dubitant. Certe *Strauchius ad Ius Iustinianeum diss.* 14. §. 14. etiam nostri temporis milites fideiubere non posse, ait. Et de clericis *Strykius ad Lauterb. tit. de Fideiussoribus* verbis: *Non observatur*; addit: *Debebat tamen observari, quo & nostri Clerici ab eiusmodi occupationibus secularibus avocentur.* Et profecto non video caussam, quae movere ICtos & iudices, ut ab iis legibus recedant, possit. Ratio, ob quam illae olim sancitae fuerunt, ne scilicet milites a ministerio reipublicae & clerici a cultu divino & animarum cura abstrahantur, adhuc hodie perdurat. Ergo prohibitiones ipsae perdurant. Certe ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃIↃCCXXIX. ex Electoratu Hannoverano, in quo secundum leges ipsas iudicari atque opiniones Doctorum negligi per saluberrimam constitutionem iubentur, de fideiussione clerici consulti eandem legitimam validamque declarare sibi religioni duxerunt, atque sic potius responderunt: Hat der General-Superintendent Meier im Jahre 1694 vor seinem Bruder, als selbiger zum Steuer-Einnehmer in Zelle bestellet worden, Bürgschaft geleistet, und ist im Jahre 1704 verstorben, da denn die Hof-Räthin Breyerin unter andern seine Erbin zum neunten Theile geworden, und, weil sie von gedachter Bürgschaft nichts gewust, die Erbschaft, ohne das beneficium Inventarii zu gebrauchen, angetreten, ist

aber nachgehends wegen der von dem Steuer-Einnehmer gemachten Schulden zu ihrem Antheil in Anspruch genommen worden. Entstehet also anfänglich die Frage, ob die Hofräthin Breyerin, und nunmehr ihre Erben, wider das versäumte beneficium inventarii in integrum zu restituiren und zur endlichen Specification zu lassen seynd. Nun scheinet zwar gedachten Breyerischen Erben hauptsächlich im Wege zu stehen, daß die Rechte den Erben, welcher das beneficium Inventarii versäumet, schlechterdinges und in solidum zu Bezahlung aller Schulden verbinden, *L. ult.* §. 12. *C. de Iure deliberandi*, und die Hannöverische Landes-Gesetze bey Entscheidung streitiger Fälle auf opiniones Doctorum zu sehen ernstlich verbieten, und lediglich die geschriebene Rechte vor Augen zu haben anbefehlen. Alldieweil aber, da man vielgedachtes Hannöverisches Landes-Gesetz wider die Erben so gar stark urgiren, und, daß schlechterdinges nach dem *L. ult. C. de Iure deliberandi* zu sprechen sey, prætendiren sollte, gemeldete Erben nach eben solchem Landes-Gesetze hinwiederum sich auf die *Novellam* 123. *cap.* 6. berufen, und, daß vermöge derselben des General-Superintendenten, als eines Clerici, Bürgschaft null und nichtig erkläret, und alle dabey von den Commentatoribus gemachte Glossen und limitationes verworfen werden möchten, mit allem Rechte fodern können; So seynd der seel. Hofräthin Breyerin Erben wider das versäumte beneficium Inventarii in integrum zu restituiren.

V.

Fideiussor pro debito, cuius summa tempore fideiussionis adhuc incerta est, recte intercedit.

VI.

Nequit tamen ex ista fideiussione, etsi in solemne instrumentum redacta, exsequutive conveniri, sed quantitas a creditore ordinarie probanda est.

VII.

VII.

Ad quam probationem ſola debitoris confeſſio non ſufficit.

Pro debito in diem vel ſub conditione fideiuſſorem recte intercedere, ex *L. 6. §. 2. de Fideiuſſoribus* ſatis notum eſt. In his vero fideiuſſionibus accidit ſæpe, ut ipſa, pro qua fideiubetur, ſumma ab initio incerta ſit, atque fideiuſſor ſeſe generaliter in id, quod poſtea debebitur, obliget. Exemplum frequens eſt in fideiuſſoribus conductorum, qui tempore fideiuſſionis ignorant, quantum in fine locationis conductor ex penſionibus & pro damnis illatis debiturus ſit. In iſtiusmodi fideiuſſionibus creditori tanquam cautionem præcipio, ut in principio ſtatim a fideiuſſore ſtipuletur, ſimplici deinde adſertioni ſuæ de debiti quantitate fidem habendam eſſe. Quam cautionem ſi neglexerit, poſtea in probatione quantitatis difficultates maximas experietur. Intricatior certe lis cum fideiuſſore, quam cum debitore ipſo, erit. Nec enim ſpontanea debitoris de debiti quantitate confeſſio fideiuſſorem plene convincit, quum fieri poſſit, ut debitor ad incitas redactus cum creditore colludat, atque in fraudem fideiuſſoris amplius, quam vere debet, fateatur. Exemplo rem illuſtrabo. Locator contra conductoris ſui fideiuſſorem exſequutive agebat, atque libello ſuo ſtatim ſolemne fideiuſſionis ſuæ inſtrumentum adiiciebat, quantitatem vero debiti, quæ in inſtrumento exprimi non potuerat, ex chirographo a conductore ſibi dato ſupplebat. Negabat reus, iſtud chirographum adverſus ſe probationem in continenti liquidam eſſe, melioremque poſcebat, & aliquod colluſionis, quæ inter locatorem & conductorem in fraudem ſuam interceſiſſet, argumentum allegabat. Adſenſerunt ei ICti Helmſtadienſes menſe Februario anni CIƆ IƆ CC XXV. inſtitutum proceſſum exſequutivum in ordinarium converterunt, ac actori probationem ſummæ debitæ impoſuerunt, ex his rationionibus: Es iſt die

Digitized by Google

eingeklagte Summa noch nicht liquid. Denn ob wol des Haupt-Schuldeners eigenhändiges Bekenntniß allhier vorhanden ist, so machet doch diese scriptura privata eines tertii gegen Beklagten, der zu der Berechnung nicht gezogen worden, keinen völligen Beweis, da gedachter Schuldener zum Nachtheil seiner Bürgen mehr, als er schuldig, bekennen können, überdies Klägerin dadurch, daß sie demselben seine arrestirte Sachen wieder losgegeben, sich einer Collusion mit ihm verdächtig gemacht. Diesemnach hat zuforderst auf Beweis der eigentlichen Summa gesprochen werden müssen.

VIII.

Fideiussores pro dote & ceteris obligationibus matrimonialibus licite interveniunt.

In *L.* 1. & 2. *C. Ne fideiussores vel mandatores dotium dentur* prohibetur, ne uxor dotis servandæ caussa fideiussorem a marito accipiat. Iniquum enim imperatoribus Romanis esse videtur, ut, quum mulier vitam suam marito credat, bona non committat, fidemque magis alieno homini, quam amori coniugali, habeat, atque sic *caussa perfidiæ in connubio eorum generetur.* Sed parum accurate in *h. L.* 2. nec non in *L.* 8. *C. de Pactis conventis* philosophatur Imperator, dum argumentum a maiore ad minus, a vita ad bona ducit. Equidem ipsam regulam in *L.* 21. *de R. I.* propositam, quod ei, cui plus licet, debeat etiam licere, quod minus est, non impugno, neque nego, a maiore ad minus argumentum desumi posse. Verum hoc de rebus sibi invicem subordinatis, non de quibuscunque intelligendum est. Fateor, maius esse vitam seu corpus, minus bona. At subordinata non sunt. Vnum enim sine altero esse potest. Accidit sæpe, ut iuvenis vitam suam animumque præceptori formandum committat, cuius fidei nec minimam bonorum suorum partem crederet. Et magistratus sæpe facultatem habent, vitam delinquenti, non etiam bona auferendi. *Nov.* 134. *c. ult. Ord. Crim. art.* 218. Cur ergo feminæ non liceat,

Digitized by Google

liceat, se corpusque suum marito sine cautione committere, quum ratione eius nullum ipsi periculum immineat; sed pro dote & bonis, de quibus secura non est, fideiussorem exigere? Nec est, quod pudicitiæ eius cum imperatore timeas. Ridiculus enim iste metus, ex zelotypia fortassis, Italis & ad Orientem expositis gentibus familiari, profectus, inter Germanos iisque vicinas gentes locum non invenit. Apud Gallos certe fideiussores in matrimoniis ex utraque parte intervenerunt sine omni pudicitiæ periculo. Exstant in *Spicilegio d' Achery tom.* 3. *p.* 623. *sq.* tabulæ dotales, quibus Humbertus Belliioci dominus Elisabetham filiam cum dote ducentarum librarum annuarum Raynaudo de Foresio desponsat, Raynaudus vero pro dotalitio *medietatem* terræ iuriumque suorum promittit. Additur circa finem: *Nos vero dictus Humbertus dominus Belliioci, de dicto matrimonio consummando & perficiendo, & de dictis ducentis libris Vienn. dotalibus assidendis, ut supra dictum est, damus dicto Raynaudo fideiussores & obsides Wilhelmum Chabue, Palatinum de Riozterio, Hugonem Palatini, Rudolphum Lotru, & Guidonem de Sancto Saturnio Milites, qui ad defectum nostrum promiserunt per sacramentum super sancta Dei Evangelia præstitum, & quilibet in solidum tamdiu tenere ostagia apud Clepiacum in Foresio infra octo dies, postquam fuerint requisiti, donec de dicto defectu præfato Raynaudo & supra dictæ Elizabeth plene fuerit satisfactum. Ego vero dictus Raynaudus de dicto matrimonio a me consummando & perficiendo, de dicto Humberto domino Belliioci fideiussores & obsides Guidonem de Tyer Canonicum Lugdunensem, Hugonem de Coroy Decanum Montisbrusonis, Fulcherium Guerrici, Willelmum de Augeroles Milites, & Willelmum de Verneto Burgensem Montisbrusonis, qui ad defectum meum promiserunt per sacramentum supra sancta Dei Evangelia præstitum, & quilibet in solidum tamdiu tenere ostagia apud Belliiocum infra octo dies, post-*

Digitized by Google

postquam fuerint requisiti, donec ipsum matrimonium fuerit perfectum, & etiam consummatum. Nos vero supra dicti Guido Comes, Raynaudus, Humbertus dominus Belliioci, & nos omnes supra dicti fideiussores, renuntiamus in hoc facto ex certa scientia, & sub praestito iuramento actioni & exceptioni doli, vel fraudis, neque metus caussa, & legi dicenti pactum de futura successione non valere, beneficio epistolae divi Hadriari, & omni auxilio, beneficio, & Iuri Canonico & Civili scripto & consuetudinario, promulgato, & promulgando, quod nobis vel nostris ad veniendum contra praedicta, vel aliquid de praedictis posset competere modo aliquo vel prodesse. Neque video, quamobrem castitati uxoris magis a fideiussore dotis, quam testibus ad conscribenda pacta dotalia adhibitis, metuatur. Ergo iam diu istam iuris Romani dispositionem sustulit Innocentius III. Pontifex in *c. 7. X. de Donationibus inter virum & uxorem*, atque in casu, quo maritus cautionem praestare nequit, dotem mercatori cuidam committere, & usuras inde redactas marito ad sustinenda matrimonii onera exsolvere iubet. Quod ad usum iudiciorum nostrorum attinet; etsi *Wissenbachius ad tit. D. de Fideiussoribus* §. 2. hanc quaestionem plane inertem & otiosam putet, quia uxori tacita hypotheca competat in bonis mariti; unusquisque tamen videt, tunc eam utilissimam futuram, quum maritus vel nihil in bonis habet, vel obaeratus est. Ceterum DD. iniquam omnique ratione destitutam iuris Romani dispositionem esse animadvertentes, ex reverentia tamen erga leges Iustinianeas directo illam impugnare non audent, sed allatis variis restrictionibus, cautelis & distinctionibus eludunt. Alii inter fideiussorem de dote conservanda & fideiussorem de dote solvenda plus quam subtiliter distinguunt, & hunc, non illum admittunt. *Dion.* apud *Bartol. in L. Si constante §. Quoties n. 2. & 3. Soluto matrim.* Alii fideiussorem ab extraneo nomine mulieris

lieris recte accipi putant, &, ut id commode fieri possit, extraneum istum pro muliere dotem expromittere, id est, novandi animo in se suscipere, iubent. *Corvinus ad tit. C. Ne fideiuss. vel mandat. dot.* Alii iureiurando huiusmodi fideiussionem corroborari arbitrantur. *Guttieretz de Iuram. confirm. P. 1. c. 21. n. 14.* Alii coniunctam personam fideiubere posse dicunt. *Baldus Nov. de Dot. Privileg. 21. n. 4.* Alii fideiussorem, si quæ marito obærato scienter nubat, admittunt. *Gail. L. 2. Obs. 84. n. 9.* Alii maritum sua sponte fideiussores recte dare, eosque ita obligari, existimant. *Hart. Pist. Obs. 35.* Alii maritum facultatibus labentem ad dandos fideiussores compelli posse, putant. *Thomingius Dec. 58.* Alii, ut fideiussio ab initio & ante matrimonium consummatum exigatur, suadent. *Carpzov. P. 2. C. 42. def. 17.* At ego istis ambagibus & cautelis, quibus fraus legi fit, opus esse non puto, sed fideiussionem pro dote, quum nihil iniqui vel inhonesti contineat, simpliciter admitto, tam propter ius canonicum supra memoratum, quod iuri civili per usum fori præfertur, quam ob inveteratos Germaniæ mores, qui omnia pacta honesta sustinent. Et ita ICti Vitembergenses Christophoro Kaden N. P. & Iuris Practico Dresdensi M. Aprili anni 1710. responderunt. Quorum sententia confirmatur in *Weichbild art. 24.* ibi: Dieweil ihr ihr Ehe-Geld nicht geleistet wird, das ihr gelobet ward, da sie ihren Mann nahm, darf sie auch die Gewehr des Guths nicht räumen, die Erben weisen sie denn ab mit Recht, oder mit Güte. Hat sie aber Bürgen dafür, so darf sie die Erben nicht mahnen, weder in der Güte noch zu Recht, so soll sie die Gewehr räumen, und dem Gelübde der Bürgen folgen.

IX.

Promissio indemnitatis & fideiussio indemnitatis toto cælo differunt.

Doctrina de fideiussore indemnitatis multis involuta est

 tene-

tenebris. Ante omnia arguendus eſt error eorum, qui fideiuſſionem indemnitatis & promiſſionem indemnitatis, quæ invicem toto cælo differunt, inter ſe confundunt. Promiſſio, ſeu, ut in *L.* 16. §. 14. *Ad S. C. Trebell.* vocatur, cautio indemnitatis, pro nulla certa perſona, ſed generaliter in qualicunque negotio ratione omnium, a quibus damnum metuitur, etſi hi principaliter non ſint obligati, interponitur. Et iſtiusmodi cautio nihil habet cum fideiuſſione commune. Igitur mulieres, quæ a fideiuſſionibus arcentur, de indemnitate recte cavent. *L.* 8. §. 1. *Ad S. C. Velleianum.* Exemplum illuſtre talis cautionis annales ſeculi ſuperioris ſuppeditant. Quum anno 1673. de bello funeſtiſſimo, quod Belgas fere abſorpſit, componendo cogitaretur, & circa eligendam urbem, in qua pacificatores convenirent, accerrime diſputaretur, ſenatus populusque Colonienſis tandem urbem ſuam offerebat. Placebat ea ſatis partibus omnibus. Saltem Galli ideo tergiverſabantur, quod urbs præſidio Cæſaris teneretur. Quod dubium ut tolleret civitas, legatis Gallicis de indemnitate cavit. Deinde tamen Kielmanſeckius, Cæſareus ductor, duodequinquaginta millia coronatorum, quæ Galli Veſaliam ad ſolvenda militibus ſuis ſtipendia mittebant, in ipſa porta urbis Coloniæ abſtulit. Agnoverunt tunc obligationem ſuam Colonienſes, damnumque Gallis, quibus indemnitatem promiſerant, reſtituerunt. Ita rem narrat *Ienkinſius*, regis Britanniæ orator, ipſe tunc Coloniæ præſens, *in epiſtolis*, quæ anno 1724. Londini prodierunt, *Tom. I. p.* 284. diverſus ab aliis auctoribus, qui nihil de promiſſione indemnitatis dicunt, ſed, Colonienſes minis regis Galliarum adactos damnum reparaſſe, memorant.

X.

Fideiuſſor indemnitatis deſcribitur.

XI.

XI.

Hodie nullum supereſt inter fideiuſſorem ſimplicem & indemnitatis diſcrimen.

XII.

Quæſtio, an fideiuſſor indemnitatis beneficium diviſionis, ſi ei renunciaverit, habeat, tractatur.

Dicendum nunc quoque eſt de fideiuſſore indemnitatis. Fideiuſſorem indemnitatis deſcribit *Lauterbachius de indemnitatis fideiuſſore cap.* 2. *n.* 1. fideiuſſorem, qui ſub conditione, & in eum caſum, ſi creditor a debitore ſuum conſequi non poſſit, ſe ad reliquum præſtandum obligavit. Quæ definitio ſatis convenit cum *L. ult. pr. de rebus cred. L.* 116. *de Verb. oblig. L.* 21. *de Solut. L.* 7. *de Fideiuſſ. nominat. & her. tut.* Sed ſi vera eſt hæc definitio, uti eſt, parum accurate idem *Lauterbachius Cap.* 6. §. 35. adſentit *Carpzovio* neganti, fideiuſſorem indemnitatis eſſe, qui debitum ita ſua fide eſſe iuſſit, ſi reus debitum non ſolverit: wann er nicht zahlt, ſo will ich zahlen. Iſta enim promiſſio ſupra dictæ definitioni accurate convenit. Verum tota de fideiuſſore indemnitatis diſputatio, parum abeſt, quin hodie plane inutilis ſit. Equidem antiquiſſimo iure Romano ea maximæ utilitatis erat. Secundum illud quippe ſimplex fideiuſſor beneficium excuſſionis non habebat. Deinde autem hoc beneficium omnibus fideiuſſoribus indultum eſt *in Nov.* 4. *c.* 1. poſt quam *Novellam* nullum ſupereſt inter fideiuſſorem ſimplicem & indemnitatis diſcrimen, quidquid in contrarium diſputet *Lauterbachius cap.* 8. Ea ſola quæſtio: an fideiuſſor, qui indemnitatem ſaltem ſeu id, quod creditor a debitore conſequi nequeat, promiſit, nihilominus beneficio excuſſionis uti poſſit, quamvis eidem renunciarit; uſum in foro habere poteſt. Pugnat nempe formula fideiuſſionis aperte cum hac renunciatione. Ergo alterutra inanis ſit oportet. Et plerique auctores cum *Carpzovio deciſione* 14. renunciationem inutilem eſſe dicunt.

Digitized by Google

Quod & ego verum esse puto, quoniam renunciatio ista raro animo deliberato sed plerumque ex consuetudine & stylo notariorum adiicitur. Si tamen de seria partium voluntate in renunciatione constet, aliud dicendum, atque per hanc formulam priorem explicatam aut correctam potius arbitror.

XIII.

Ex defuncti fideiussione heredes etiam ignari obligantur.

XIV.

Fideiussoris, qui pro futuro debito intercessit, heres obligatur, etsi debitum demum post fideiussoris mortem cœperit.

Intercesserat quis pro administratore pecuniarum publicarum. Quamdiu fideiussor vivebat, administrator omnia ex fide agebat. Sed post mortem illius hic intervertere pecunias sibi commissas incipit, ac tandem foro cedit. Tum fiscus fideiussoris heredes, fideiussionis prorsus ignaros, corripit. Hi negant se obligari, primum, quod fiscus eos per multos, quibus hereditatem tenuerant, annos certiores de fideiussione non reddidisset, deinde, quod eo, quo fideiussor obierat, tempore nullum debitum adfuisset, atque adeo nulla etiam obligatio transiisset. At neutrum illis prodesse poterat. Namque, quod ad primum, iura nullibi creditorem, ut fideiussoris sui heredibus fideiussionem denunciet, obligant. Transit fideiussio per se ad heredes §. 2. *I. de Fideiussoribus*, *C. El. Sax.* 20. *Part.* 2. quorum scientia non desideratur, quum heredes ex ære alieno etiam, quod diutissime post defuncti mortem emersit, teneantur. Deinde notum est ex §. 3. *I.* & *L.* 6. §. 2. *de Fideiussoribus*, fideiussorem etiam futuræ obligationi accedere posse. Nihil ergo interest, debitum vivo illo cœperit, an post mortem demum. Obligatio eius hoc casu in pendenti est, *L.* 16. §. 5. *de Fideiussoribus*, atque adeo eodem modo etiam in heredes, qui una cum illo persona sunt, transfertur.

Digitized by Google

fertur. Sic ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CCXXIX. responderunt: Die Rechte verordnen schlechterdinges, der Erbe des Bürgen sey zu eben dem, worzu sein Erblasser, in dessen Stelle er tritt, verbunden, demnach muß er auch vor die Schulden, welche nach des fideiussoris Tode gemacht worden, stehen, da der fideiussor generaliter alle künftige Schulden übernommen, und diese seine Obligation bey seinem Absterben auf seine Erben continuiret, solche Erben auch dadurch, daß das Königliche Steuer-Amt ihnen von der Bürgschaft keine Nachricht gegeben, von ihrer Schuldigkeit nicht befreyet worden, nachdem die Rechte einen Gläubiger nirgend verbinden, nach Absterben seines Bürgen, dessen Erben von der geleisteten Bürgschaft zu benachrichtigen.

XV.

Creditor, cui ad provocationem debitoris perpetuum silentium imponitur, actionem suam contra fideiussorem perdit.

XVI.

Perdit eandem, qui se in concursu contra debitorem excitato præcludi patitur, nisi vel ante præclusionem fideiussorem interpellarit,

XVII.

vel ostendere possit, nihil sibi ex concursu sperandum fuisse.

Quod Paulus *in L. 129. §. 1. de Reg. iuris* ait: *Quum principalis caussa non consistit, ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent*, hoc iam ante eam recta ratio dictitavit. Est ergo naturalis civilisque iuris, ut, exstincta obligatione debitoris, etiam obligatio fideiussoris exstinguatur. Qua sola regula constabilita, *Heringius de Fideiussoribus c. 20.* non opus habuisset singulares undequadraginta modos, quibus fideiussio finiatur, facere, quum magna istorum modorum pars una illa regula comprehendi potuisset. Et poterunt ex illa novi modi fideiussionis finiendæ, de quibus *Heringius*

ringius non cogitavit, exſculpi; ut ecce, ſi creditori pœna perpetui ſilentii ratione debitoris impoſita ſit, eadem pœna etiam fideiuſſori proderit. Qua de re dictum eſt in *Specim. LXXXI. de Proceſſu provocatorio, med. ult.* oſtenſumque, creditorem, cui ad provocationem debitoris principalis non reſpondenti perpetuum ſilentium impoſitum eſt, fideiuſſorem deinde convenire non poſſe. Sed ibi de proceſſu ſaltem provocatorio actum fuit. Num vero idem ad pœnam præcluſi, quæ in concurſibus creditorem his, qui nomen ſuum profeſſi non ſunt, imponitur, trahendum eſt, ut ſcilicet huiusmodi creditor per hanc præcluſionem ius agendi & contra fideiuſſorem amittat? Ita puto. Equidem obiici poterit, creditori nec neceſſe eſſe, ſeſe concurſui contra debitorem excitato immiſcere, ſed licere confeſtim adverſus fideiuſſorem agere. Verum hoc eſt. Sed tamen id eousque ſaltem licet, quousque actio ipſa adverſus debitorem ſupereſt; qua ſublata, tollitur omnis obligatio fideiuſſoris. Curandum igitur erit creditori, ut illam conſervet, quo hanc etiam integram retineat. Accedit alia ratio, quod nempe fideiuſſor per *L. 21. C. de Fideiuſſoribus* non prius ad ſolutionem urgeri poſſit, quam creditor actiones ei adverſus debitorem cedat. Quodſi ergo creditor has culpa ſua amiſit, fideiuſſorem ad ſolvendum urgere plane non poterit. Nec cogitur creditor invitus concurſui ſe immiſcere. Poterit enim re integra, antequam ſententia præcluſiva feratur, fideiuſſorem interpellare & ceſſionem actionum ſuarum offerre. Quod ubi non fecit, damnum inde ortum ſuæ negligentiæ adſcribat. Tunc tamen ſententia præcluſiva non perimit actionem contra fideiuſſorem, quando creditor liquido oſtendere poteſt, ſe, ſi vel maxime nomen in concurſu profeſſus eſſet, nihil tamen effecturum fuiſſe. Sic ICti Helmſtadienſes menſe Auguſto anni

Digitized by Google

anni CIↃ IↃ CC XVIII. iudicarunt: Beklagter ist aus einem vor seinem Bruder unterschriebenen Bürgschaft-Scheine zu Bezahlung der darinnen enthaltenen Summa condemniret worden, weshalben er denn Revision eingewendet, und zu deren Behuef vornemlich dieses anführet, Klägerin habe sich mit ihrer Foderung bey dem gegen seinen Bruder als dem Haupt Schuldener entstandenen Concurse nicht gemeldet, sondern sich præcludiren lassen, und komme folglich die exceptio præclusionis ihm als dem Bürgen bekannten Rechten nach gleichfalls zu statten, da zumal Klägerin ihm nunmehr keine actiones cediren könne. Gewinnet es also bey diesen Umständen das Ansehen, ob hätte Beklagter von angestellter Klage losgesprochen werden sollen. Alldieweil aber Klägerin deutlich genug gezeiget, und Beklagter selbst nicht in Abrede seyn kann, daß in dem wider Haio Gerdessen entstandenen Concurse einige der Klägerin noch vorgehende Gläubiger nichts erhalten, folglich ihr Angeben und die Cessio actionum an Beklagten doch nur vergeblich gewesen seyn würde; So haben wir den vorigen Bescheid bestätiget.

COROLLARIVM.

Inter vanas, quibus iurisconsultorum commentarii scatent, quæstiones hæc etiam est: utrum Christus fideiussor an expromissor dicendus sit; quam operose tractat *van der Muelen in foro conscientiæ Part. 1. quæst. 16.* atque sic tandem decidit, ut dicat, Christum in vetere testamento fideiussorem fuisse, in novo expromissorem esse. Id quod ei tam certum esse videtur, ut neminem hic cæcutire posse confidat, nisi cui cornea fibra sit. Ego itaque, mihi corneam fibram esse fatebor. Omnis fideiussor supponit, eum ipsum, pro quo fideiubet, creditori satisfacturum esse, atque in eventum, si id non fiat, se soluturum promittit. Verum Christus etiam in vetere testamento scivit optime, homines iustitiæ divinæ satisfacere nulla ratione posse, atque confestim se pro iis satisfacturum pollicitus est. Itaque expromissor fuit, non fideiussor. Consentit mecum *Iesaia LIII, 6. 7.*

SPE-

Digitized by Google

SPECIMEN DXXIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLVI. TIT. I.

DE

STRICTA FIDEIVSSIONVM INTERPRETATIONE.

I.

Stricta fideiussionum interpretatio iuris naturalis est.

II.

Itaque adhuc hodie locum invenit.

III.

Fideiussor ad usuras, de quibus tempore contracti debiti & initae fideiussionis nihil dictum fuit, haud obligatur.

Qui controversiarum, quae circa fideiussiones nascuntur, decisiones, quae passim in iure civili reperiuntur, cum cura considerat, inveniet, eas, si non omnes, plerasque tamen, ex hac regula: *Fideiussiones strictissime interpretandae sunt;* tanquam ex fonte quodam profluere. Si regulam hanc tollis, maximam doctrinae de fideiussoribus, quae in corpore iuris Romani traditur, partem tollis, atque novum, ex quo lites fideiussoriae dirimantur, principium nobis suggeras, necesse est. Atque sunt tamen, qui illud faciunt. Est inter eos *Ludovici in Doctrin. π tit. de Fideiussoribus* §. 9. qui regulam illam hodie locum invenire negat.

gat ideo, quoniam differentia inter contractus bonæ fidei & stricti iuris cesset. Ego quidem, discriminis istius, quod nulla naturalis ratio, sed subtilitas veterum ICtorum atque peculiaris iudiciorum Romanorum facies, nunc penitus mutata, olim introduxit, usum hodie non superesse, largior facilis. Sed propterea strictam fideiussionum interpretationem non tollo, quæ non ex obsoleta contractuum stricti iuris indole, sed ex recta ratione & analogia iuris nostri provenit. Nempe *L. 99. pr. de Verb. obligat.* quæ verba contractus in dubio contra stipulatorem, qui late ea concipere debuisset, explicari iubet, iuris naturalis summæque æquitatis est, atque ad omnia pacta & contractus, etiam bonæ fidei, pertinet. Pertinet igitur & ad fideiussiones, quamvis eas contractibus bonæ fidei accensere hodie velles. Creditor enim, ad quem omnis ex fideiussione utilitas redundat, quousque eam extendi cupiat, declarare aperte debet. Fideiussor vero, qui nullum ex fideiussione sua emolumentum sperat, id solum, quod creditor clare præ se tulit, promisisse censetur, nihil ultra. Itaque, dissentiente quamvis *Ludovici*, ego cum ICtis Vitembergensibus, apud *Bergerum in electis disc. for. Supplem. P. I. pag.* 833. statuo, adhuc hodie secundum *legem* 68. §. 1. *de Fideiuss.* iudicari, atque tunc, quum nulla usurarum mentio tempore contracti debiti & initæ fideiussionis facta fuit, fideiussorem, qui simpliciter fideiussit, ab usuris absolvi debere. Sic mecum ICti Helmstadienses mense Iunio anni CIƆ IƆ CC XXVIII. iudicarunt: Daß zwar das den 9. Septembr. 1727. gesprochene Urthel, der Revision ungeachtet, so viel das Capital betrift, zu bestätigen, Beklagter jedoch mit Erstattung aller Unkosten auch Bezahlung der Zinsen zu verschonen sey. V. R. W. Rat. dec. Beklagter ist aus einer von Andreas Clausen vor dem nunmehr verstorbenen Jacob Stubben im Jahr 1706 geleisteten Bürgschaft belanget worden. Nun haben wir zwar

 nicht

nicht umhin gekonnt, die vorige Urtheile zu bestätigen, gleichwol Beklagten mit Erstattung der Unkosten, ingleichen mit den Zinsen verschonet, in Ansehung, daß in dem zum Grunde des ganzen Processes gelegten Protocolle keiner Zinsen gedacht wird, folglich die Verordnung der Rechte in *L.* 68. §. 1. *de Fideiussoribus* allhier statt finden muß, da zumal ohnedes Klägere seit 1706 bis 1722 die Sache liegen, und alle diejenigen Personen, welche von derselben einige Wissenschaft haben können, absterben lassen, also die durch ihre eigene moram so hoch angeschwollene Zinsen dem Bürgen, welcher sich dazu niemalen verbündlich gemachet, auch selbst keine moram begangen, nicht abfodern können.

IV.

Fideiussor officialis nec ad mulctam nec ad sumtus iudicii obligatur.

Ex eodem, quem modo indicavi, fonte fluit & alterum hoc, eum, qui pro magistratu, administratore aut officiali alio fideiussit, ad damna quidem, quæ ille in officio dedit, sarcienda, sed non ad mulctam, in quam ille forsan propter perfidiam condemnatur, nec ad sumtus iudicii contra illum peracti, obligari. Sancitur hoc clare in *L.* 68. *pr. de Fideiuss.* & *L. un C. de Periculo eorum, qui pro magistr. interv.* Nec secus est hodie per ea, quæ in præcedentibus dixi. Sic certe, me interprete, responderunt ICti Vitembergenses mense Februario anni CIↃ IↃ CC IX. Ist Sebastian Fesken, Ober-Accis-Einnehmern zu Görlitz, um, daß er die Accis-Gelder angegriffen, eine zehnjährige Landes-Verweisung zuerkannt worden. Nachdem er aber die weggenommene Gelder völlig ersetzet, und also der eingehobenen Accise wegen nichts schuldig verblieben, darneben seine Rechnungen iustificiret, hat er von Königl. Majestät nach vielen Suppliciren und Bemühen die Gnade, daß die zuerkannte zehenjährige Landes-Verweisung in eine Geld-Busse von 40 Reichs-Thaler verwandelt worden, erhalten.

Digitized by Google

halten. Da er nun solche 40 Thaler wie auch seine Inquisitions- und andere diesfalls aufgewendete Unkosten zu zahlen nicht vermogt, hat die General-Accis-Inspection Johannen Sophien Stempelin und Reginen Sophien Kreugemannin, welche beyde sich für obgedachten Feskén bey Antretung seines Amts in Bürgschaft eingelassen, dieserwegen in Anspruch genommen, und processum exsequutivum wider sie angestellet, wannenhero der Herr, ob ermeldete Stempelin und Kreugemannin zu Bezahlung dieser 40 Reichs-Thaler und der aufgewendeten Inquisitions- und andern Unkosten angehalten werden können, zu wissen verlanget. Ob nun wol an Seiten der General-Accis-Inspection angeführet werden könnte, daß angeregte Caution generaliter eingerichtet, und nicht blos auf die oft berührtem Feskén anvertraut gewesene Accis-Einnahme zu Görlitz restringiret worden, sondern darinnen, daß sie, wenn selbiger wegen der ihm anvertraueten Verrichtungen in Anspruch genommen werden sollte, dafür haften wollten, ausdrücklich enthalten, und aber in diese Strafe seiner bey sothaner Einnahme verübten Untreu halber verfallen, dahero dessen Caventinnen sich mit Bestand der Zahlung nicht entbrechen möchten, wenigstens doch die Unkosten, so auf seine Inquisition gewendet, zu übernehmen pflichtig wären. Dennoch aber und dieweil alle fideiussiones strictissime zu erklären, und auf diejenige Fälle, welche nicht deutlich in denenselben enthalten, keinesweges zu erstrecken, dannenhero ein Bürge nicht allein nicht zu Zahlung der aufgeschwollenen Zinsen, sondern auch nicht einmal zu Erstattung des Interesse, oder der per accidens verursachten Schäden und Unkosten, angehalten werden kann, *L. 8. de Eo, quod certo loco, L. ult. de Fideiuss.* es wäre dann, daß er sich ad omnem caussam, vor allen Schaden und Kosten, zu stehen, verbunden, dergleichen aber in gegenwärtigem Falle in der Kreugemannin Obligation nicht erfindlich, als welche nach gewöhnlicher Art der Bürgschaften eingerichtet, und sich nicht weiter, als auf Feskens

Digitized by Google

Einnahme und Verrichtungen erstrecket, verba enim secundum substratam materiam & naturam contractus sunt interpretanda *L.* 81. *de Reg. Iur.* überdem der, welcher vor einem in Amt und Pflicht gesessenem Bürge wird, dessen delicta und Strafen über sich zu nehmen nicht gehalten ist; So mag Regina Sophia Kreugemannin weder der Sebastian Feeken zuerkannten Geld-Busse, noch der auf seine Inquisition gewendeten Unkosten halber belanget werden.

V.

Fideiussor, qui se ad omnem caussam obligat, & ad usuras, & mulctas, & sumtus litis obligatur.

Hæc thesis & rectæ rationi convenit, & in *L.* 54. *pr. Locati* & *L.* 56. §. 2. *de Fideiuss.* fundata est, & altera parte responsi, quod in præcedente meditatione commemoravi, egregie illustrabitur: Dahingegen was die Stempelin betrift, weil zwischen einem Bürgen, welcher sich schlechterdings und einem solchen, welcher sich expresse ad omnem caussam obligiret hat, dieser merkliche Unterschied ist, daß jener zwar nur wegen der Haupt-Schuld, dieser hingegen auch des Interesse und aller übrigen occasione der Haupt-Obligation herrührenden Præstationen halben belanget werden kann, ferner die Regel, quod fideiussores magistratuum & officialium ad pœnam non teneantur, in *L.* 68. *pr. de Fideiuss.* deutlich dahin restringiret wird, si eam non spoponderint, indem bekannten Rechtens, daß ein Bürge, daferne er will, sich vor einem andern gar wohl, auch der Strafe wegen zu haften, anheischig machen kann, Sächsisches Land-Recht *L.* 3. *art.* 9. *L.* 26. *C. de Fideiuss.* welches denn, daß es von der Stempelin allhier geschehen, wegen der in der Bürgschafts-Verschreibung stehenden deutlichen Worte: Wenn Feske bey seiner künftigen Verrichtung der hochlöblichen *General-Accis-Inspection* etwas schuldig verblieben, oder von derselben sonst in Anspruch genommen werden sollte rc.

nicht

nicht mag geleugnet werden, als wodurch sie sich Zweifels ohne ad omnem caussam, sive ad omnem ex eius administratione quocunque modo provenientem obligationem verbunden hat: So mag dieselbe zu Zahlung der Sebastian Fesken auferlegten Geld-Strafe von 40 Reichs-Thaler, wie auch zu Abtragung der auf seinen Proceſs gewendeten Unkosten, und zwar, weil die Schuld an sich selber liquid, die Bürgschafts-Verschreibung auch auf alle Fälle deutlich eingerichtet, exsequutive gar wohl belanget werden.

VI.

Fideiussor, qui se tanquam debitorem principalem obligat, in omnem caussam fideiussisse censetur.

Quod in *L.* 54. *pr. Locati* dicitur, eum, qui in omnem caussam fideiussit, etiam usuras debere, dubium quidem non habet. Sed apud Germanos tamen controvertitur nonnunquam, quae formula vernacula Latinae isti: *in omnem caussam*; respondeat. Et ego quidem cum *Habnio ad Wesembecium tit. de Fideiussoribus n.* 6. existimo, eum fideiussorem, qui se stylo hodie usitato tanquam debitorem principalem, als Selbst-Schuldner, obligavit, in omnem caussam fideiussisse. Sic ICti Helmstadienses mense Februario anni CIↃIↃCCXXII. iudicarunt: Daß Beklagte Klägerin annoch 580 Reichs-Thaler, 3½ Groschen, und die davon seit Michaelis 1716 aufgeschwollene Zinsen, ingleichen die sowohl Rechts-kräftig erkannte, als nach dem Iudicato vom 26. April 1712 auf Exsecutionen, Immissionen, Arreste und Taxationen gewandte Unkosten zu bezahlen schuldig seynd. V. R. W. Rat. dec. Die Frage ist, ob Beklagte von der Verfall-Zeit eines jeden Termins an Zinsen zu entrichten schuldig seynd. Beklagte wollen sich zu solchen nicht verstehen, aus Ursachen, daß die Rechte einen Bürgen von Zahlung der Zinsen befreyen. Dieweil aber dennoch der Beklagten Erblasser sich als einen Selbst-Schuldner, das ist in omnem caussam, verbürget, mithin auch

Digitized by Google

vor die Zinsen stehen muß: So hat die Beantwortung dieser Frage nothwendig wider Beklagte ausfallen müssen.

VII.

Simplex fideiussor etsi non ad usuras, tamen ad fructus obligatur.

Graviter huic thesi obstare videtur *lex ult. de Fideiuss.* in qua fideiussor rei propterea, quod reus possessionem restituere noluit, & ideo magno condemnatus est, in amplius teneri negatur. At enim vero *in h. L.* non de fructibus, sed de pœna contumaciæ agitur, quæ utique fideiussoris obligationem augere nequit. In fructibus tamen secus, qui non extrinsecus adveniunt, sed in ipsa, pro qua fideiussum est, re ex obligatione nascuntur, atque eiusdem pars sunt. Res optime in *L. 8. de Eo, quod certo loco* explicatur. Ea, quæ obligationi principali naturaliter insunt, augent quoque fideiussoris obligationem, non ea, quæ illi extrinsecus accedunt. Sed, ut recte intelligar, exemplo opus est. Fideiusserat quis pro administratore metallifodinarum. Is administrator metallifodinas sibi creditas improbe alienarat, ignaris dominis. Hi itaque, quum metallifodinas ipsas recuperare non possent, nec administrator solvendo esset, a fideiussore & æstimationem alienatarum fodinarum & proventus, quibus exciderant, petebant. Fideiussor æstimationem rei ipsius offert, negat vero, se in proventus teneri, quod hi usurarum rationem haberent. At ICti Helmstadienses mense Februario anni CIƆ IƆ CCXXIX. illum in hos quoque condemnarunt: Was die Frage betrift, ob die von dem sel. Rath Hansen vor dem Berg-Secretario geleistete Bürgschaft auf die fehlende Kuxe allein zu restringiren, und nicht auf die Zinsen und Ausbeute zu erstrecken sey; so giebt der *Lex un. C. de Periculo eorum, qui pro magistratibus intervenerunt* klare Maasse, daß derjenige, welcher vor einem Administratore publico in

Bürg-

Bürgschaft tritt, alle bey Gelegenheit solcher Administration gemachte Schulden und verursachte Schäden bezahlen müsse, auch ist des Königlichen Berg-Amts bey Annehmung der Bürgschaft Intention sonder Zweifel gewesen, den Bürgen zu Bezahlung alles dessen, was der Berg-Secretarius selbst auf den Fall einer Malversation hätte bezahlen müssen, anzuhalten. Demnach ist solche Bürgschaft nicht blos auf die abhanden gebrachte Kuxe, sondern auch auf deren Ausbeute oder fructus, welche einen weit grössern faveur, als die blosse Zinsen, haben, zu erstrecken.

SPECIMEN DXXV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLVI. TIT. I.

DE

BENEFICIIS FIDEIVSSORIIS.

I.

Creditor ante excussionem debitoris actionem contra fideiussorem non habet.

II.

Igitur huic neque praescribitur;

III.

Neque perpetuum silentium creditoribus in concursu contra fideiussorem impositum nocet.

Bene-

Digitized by Google

Beneficium excussionis, quod fideiussoribus in *Novella* 4. *c.* 1. tribuitur, efficit sine dubio, ut actio contra fideiussorem prius, quam debitor excussus est, non nascatur. Ex quo multa consequuntur. Primum fideiussor præscriptione se tueri non potest, quamdiu actio contra debitorem salva est, etsi fideiussor intra centum annos nec conventus nec interpellatus sit. Non potuit enim conveniri, nec interpellari. Deinde, si ante excussionem debitoris concursus creditorum contra fideiussorem excitetur, atque in eo perpetuum silentium his, qui nomen suum inter creditores professi non sunt, imponatur, hoc tamen actionem, quæ ex fideiussione oritur, non perimit. Præcluduntur namque illi saltem, qui agere potuerunt, non hi etiam, qui actionem postea demum consequuti sunt, quibusque, si ante quid movissent, exceptio nondum natæ actionis obstitisset. Exemplum tale mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXIII. habuimus: Excitabatur eodem fere tempore & contra debitorem & contra fideiussorem concursus creditorum, sed tamen in diversis iudiciis. Creditor, qui ex patrimonio debitoris sibi satisfieri posse sperabat, inter eius creditores tantum comparebat, de fideiussore non solicitus. Videt ergo tranquillus, consurgere undique creditores adversus fideiussorem, citari ceteros publice, & non comparentes ad perpetuum silentium damnari. Videt, inquam, hæc creditor immotus, cœptumque contra debitorem iudicium continuat, sed in eo præter omnem spem atque exspectationem suam in ultimam chirographariorum classem reiicitur. Tum demum fideiussoris reminiscitur, atque eius concursui sese immiscere conatur. Obiiciunt ceteri perpetuum silentium, omnibus, quotquot nomen suum professi non sint, impositum.

tum. At ICti Helmſtadienſes hoc ad eum pertinere negarunt: Daß Wilhelmen Hellen ein gleiches Recht mit andern Meckley- und Vergantungs-Gläubigern zustehe. V. R. W. Rat. dec. Die Entscheidung dieses Proceſſes kommt auf die Frage an: Ob das in Heinrich Logemanns Concurſe von Burgermeistern und Rathe gesprochene Præferenz- und Præcluſiv-Urthel denjenigen Gläubigern, welche bey dem wider den Meckler Logemannen vorher eröfneten und in der Appellations-Inſtanz befangenen Proceſſe intereſſiret gewesen, mithin an Heinrich Logemannen, als des gedachten Mecklers Bürgen, zu fodern gehabt, sich gleichwol bey deſſelben Concurſe nicht gemeldet, nachtheilig sey. Dieses halten wir nun nicht davor, sondern glauben, es stehe gedachten Gläubigern ihr Recht annoch offen.

IV.

Fideiuſſor beneficium excuſſionis tunc non habet, quando lis cum debitore principali multis difficultatibus innexa eſt.

Beneficium excuſſionis fideiuſſoribus in *Novella* 4. c. I. tribuitur, atque ibidem ſaltem uno caſu denegatur, quando ſcilicet debitor principalis abſens eſt. Ex ratione tamen, quæ confeſtim ſubiicitur: *acerbum eſt, creditorem mittere alio, quum poſſit mox interceſſorem, aut mandatorem, aut ſponſorem exigere*; apparet, eam exceptionem latius patere ex mente legislatoris. Agnoſcunt hoc interpretes, variasque ampliationes addunt. Aiunt nempe fideiuſſorem fruſtra ſe excuſſionis beneficio tueri, ſi debitor habeat quidem bona, ſed quæ emtorem non inveniant, ſi habeat res extra territorium ſitas, quæ de facili haberi non poſſunt, ſi præſens quidem ſit, latitet tamen, ſi potens, iniurioſus & rixoſus ſit &c. Vide *Gothofredum ad Auth. Præſente C. de Fideiuſſoribus & Heringium de Fideiuſſoribus cap.* 27. *P.* I. *n.* 241. 243. 263. 273. Ego vero omnia illa paucis comprehendo, ac dico, beneficium excuſſionis ceſſare, quoties lis cum debitore

principali multis difficultatibus innexa eſt. Convenit hoc naturæ negotii & contrahentium intentioni. Namque creditor ideo fideiuſſores accipit, ut via commoda & ſecura ſuum conſequi poſſit. Hanc vero non haberet, ſi prius cum debitore litis intricatioris moleſtiæ ei devorandæ eſſent. Ceſſat ergo tunc ſaltem excuſſio, quum debitor idoneus eſt, h. e. æqua facilitate, quam fideiuſſor, conveniri poteſt. Idoneitas autem non tam ex facultatibus & patrimonio, quam ex fide & conveniendi facilitate, æſtimatur. *L.* 2. *pr. Qui ſatisdare*, *L.* 112. §. 1. *de Verborum obligat.* Adſentit mihi *Lauterbachius in diſſert. de Beneficio excuſſionis* §. 42. Atque ſic ICti Helmſtadienſes menſe Septembri anni CIↃ IↃ CC XVII. nomine ſenatus Magdeburgenſis iudicarunt ex his rationibus: Die exceptiones ſcheinen von einiger Erheblichkeit zu ſeyn, indem, was die exceptionem excuſſionis betrift, Kläger doch nicht ſagen kann, daß er des verſtorbenen Haupt-Schuldeners Vermögen völlig excutiret, deſſen Wittwe zum richtigen Beweis ihrer illatorum, unter deren Vorwand ſie den gröſten Theil des Nachlaſſes zu ſich genommen, angehalten, und die angegebene Schulden Poſt bey Poſt ausgeklaget, bey welchen Umſtänden es das Anſehen gewinnet, ob hätte die angeſtellte Klage bis nach geſchehener Excuſſion des Haupt-Schuldeners und deſſen Erben ausgeſetzet werden ſollen. Alldieweil aber Kläger wenigſtens ſo viel beygebracht, daß die würckliche Schreinertſche Verlaſſenſchaft geringe, der Witten Illata bereits einiger Maaſſen beſcheiniget, und die ausſtehende Schulden, wenn ja davon noch etwas zu hoffen, nicht ohne groſſe Mühe, Zeit und Koſten ausgeklaget werden könnten, und denn die exceptio excuſſionis bey dergleichen Umſtänden und klar hervorſcheinenden Schwürigkeit hinwegfällt, wohin auch die Magdeburgiſche Policey-Ordnung *cap.* 53. §. 7. in his verbis: Die Zahlung könnte ohne ſchwere Koſten nicht erlanget werden; abzuzielen ſcheinet; So haben wir voriges Urthel beſtätiget.

V.

Digitized by Google

V.

Cessat beneficium excussionis post mortem debitoris, si quidem actio contra plures eiusdem heredes instituenda esset.

Incommodo adfici actorem, quando defensio per plures reos scinditur, *Vlpianus in L.* 5. §. 7. *Iudicatum solvi* recte ait. Itaque si debitor moritur, pluresque heredes relinquit, inter quos ipso iure actio divisa est, fideiussor confestim conveniri potest, nec beneficium excussionis habebit. Nam per ea, quæ ante dixi, difficultas conventionis excludit beneficium excussionis. Sic ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃ IↃ CC XXVIII. iudicarunt ex his rationibus: Beklagter ist von Klägern wegen 200 Reichs-Thaler Capital und Zinsen in Anspruch genommen worden, und hat dagegen hauptsächlich vorgeschützet, daß des Haupt-Schuldeners Erben in Anspruch genommen werden müssen. Alldieweil aber die exceptio excussionis allhier aus vielen Ursachen und insonderheit daher hinweg fällt, daß die wider die Schwollmannische Erben anzustellende actio personalis sehr vielen Schwürigkeiten unterworfen ist, nachdem die Schwollmannische Güter zwischen den Kindern, deren Wittwen und Kindes-Kindern gar unterschiedlich vertheilet, auch einige derselben, wie aus des Wilhelm Schwollmanns übergebenen Schrift erhellet, deshalb selbst unter einander streiten, bey welcher Bewandniß der Gläubiger sich an eine weitläuftige, kostbare und ungewisse Action verweisen zu lassen, keinesweges schuldig ist; So haben wir Beklagten sowohl auf das Capital als die Zinsen condemniret.

VI.

Cessat beneficium excussionis tunc, quum concursus creditorum contra debitorem principalem motus est.

Dissentiunt circa hanc thesin multi, & inter illos *Müller ad Struvii Synt. iur. civ. Ex.* 47. §. 43. eumque sequutus *Bergerus P.* 2. *Responso* 134. *n.* 2. *Secundum veriorem*, inquiens, *sententiam eo casu, quum quis solvendo quidem est, sed non sufficienter, quod ad existentes facultates, prius excutiendus est debitor.* Verum nobiscum facit *Mevius P.* 5. *dec.* 197. cui etiam ICti Helmstadienses ex eadem, quam sæpe memoravi, ratione, quod difficultas conventionis penitus excludat beneficium excussionis, mense Iunio anni CIↃ IↃ CCXXVIII. adsenserunt: Beklagter ist aus einer von Andreas Clausen vor dem nunmehr verstorbenen Jacob Stubben im Jahre 1706. geleisteten Bürgschaft belanget worden und hat exceptionem excussionis vorgeschützet. Als nun die Obrigkeit solche vor erheblich erkannt, haben die Klägere beygebracht, daß sie des Stubbens Wittwe belanget, diese auch die Schuld bekannt und ihr Unvermögen vorgeschützet. Und, da man dieses noch nicht vor genug gehalten, haben sie weiter bescheiniget, daß die Exsequution auf gedachte Wittwe erlaubet worden, selbige aber nicht pfandbar gewesen. Hierauf ist Beklagter in Bezahlung Capitals, Zinsen und Unkosten verdammet, dieses Erkänntniß auch in der Appellations-Instanz bestätiget worden. Nun wendet zwar Beklagter bey der Revision dagegen ein, daß Klägere der ihnen entgegen gesetzten exceptioni excussionis nicht genugsam abgeholfen, indem sie des verstorbenen Haupt-Schuldeners Sohn und vornehmste Erben nicht mit belanget, und sich bey dem wider den Haupt-Schuldener entstandenen Concurse nicht gemeldet. Alldieweil aber das beneficium excussionis alsdenn hinweg fällt, wenn der Haupt-Schuldener und dessen Erben nicht anders, als mit grosser Schwürigkeit belanget werden können, und denn allhier dergleichen Schwürigkeit allerdinges vorhanden, da nicht allein des verstorbenen Haupt-Schuldeners Erben von einander zerstreuet seynd, sondern auch nach des Beklagten eigenem Geständnisse ein Concursus creditorum wider gedachten Haupt-Schuldener entstanden, dergleichen Concurs

curs das beneficium excussionis vor sich aufhebet, gestalt ein Gläubiger eben zu dem Ende einen Bürgen annimmt, damit er nicht nöthig habe, sich in grosse Weitläufftigkeit und Verdrießlichkeit mit dem Haupt-Schuldener, dessen Erben oder andern Gläubigern einzulassen; So haben wir nicht umhin gekonnt, die vorige Urtheile zu bestätigen.

VII.

Qui una cum alio, sive femina, sive minore, sive absente, cuius obligatio inutilis est, fideiubet, in solidum obligatur.

VIII.

Nisi saltem pro virili parte fideiussit.

Clarius loqui potuisset debuissetque Papinianus in *L.* 48. *de Fideiussoribus.* Quod quum non fecit, multum incertitudinis & largam disputandi materiam interpretibus reliquit. Peccavit autem varie; primum in eo, quod non, ut par erat, generalem aliquam quæstionem format deciditque, sed statim ad casus speciales delabitur. Quæstio scilicet generalis hæc est, an fideiussor, qui cum pluribus fideiussit, tunc beneficium divisionis habeat, quum confideiussores quidem solvendo sunt, sed obligatio eorum inutilis actionem efficacem non parit. Nihil de hac quæstione Papinianus, verum sigillatim de muliere & deinde de minore agit. Et de muliere quidem evidenter satis, subduci illam, & confideiussorem in solidum obligari, respondet; at de minore longe obscurius primo quæstionem similem videri posse ait, deinde addit, ita demum confideiussori totum onus irrogandum esse, si postea minor intercessit, quodsi dolo creditoris inductus sit minor, ut fideiubeat, creditori adversus confideiussorem succurrendum non esse. Decidit ergo Papinianus quæstiones duas circa minorem, quæ dubium nullum habebunt, eam vero, quæ præcipua & maxime frequens est: an, qui una cum minore sciens apud scientem fraudis tamen expertem creditorem intercedit,

 cedit,

Digitized by Google

cedit, in ſolidum obligetur; intactam relinquit, nec, ut dixi, generalem regulam, qua in ſimilibus quæſtionibus uti queamus, ponit. Id vero eos, qui in litibus dirimendis verſantur, non parum turbat. Dabo exemplum: Pater quidam mutuum quærens, quum fidem non reperiret, liberorum ſuorum interceſſionem offert. Habebat autem quinque, quatuor maiores, unum minorem XXV. annis. Ex his duo maiores una cum minore in iudicio comparent, atque nomine omnium bona ſua materna generaliter creditori pro ære alieno patris obligant. Interiectis aliquot menſibus, idem pater novum nomen apud alium creditorem facit, eodemque tres filios in iudicium producit, qui eodem modo intercedunt, ſed tamen fideiuſſioni ſuæ tunc vocem *pro rata* addunt. Cedit deinde foro pater, conſurgunt undique creditores, atque ex his duo illi bona liberorum materna ex fideiuſſione vindicant. Miram tunc vidiſſes confuſionem ac bellum aliquod omnium in omnes. Expetitur deciſio intricatiſſimæ litis a ICtis Helmſtadienſibus menſe Decembri anni CIↃ IↃ CC XII. Hi ante omnia minorem fratrem atque duos illos abſentes ab inſtituta actione liberarunt. Deinde eum creditorem, apud quem interceſſio pro rata, hoc eſt, pro virilibus partibus, facta erat, ſolidum a duobus, qui ſoli obligabantur, fratribus petere poſſe negarunt. Hi duo enim nec opus quidem habebant beneficio diviſionis, quum ab initio non niſi viriles partes ſinguli debuerint. *L. 51. pr. de Fideiuſſoribus*. Supererat maxima difficultas cum eo creditore, apud quem interceſſio in ſolidum facta erat. Is binos fratres, qui ſoli obligabantur, in ſolidum conveniebat; hi vero viriles tantum partes offerebant. Vtraque pars trahebat ad ſe *legem* 48. *de Fideiuſſoribus*, ac crepabat magna ac multa commentatorum, legem iſtam modo ſic modo aliter explicantium, nomina. Infinitus labor foret, iſtorum omnium rationes & diſputationes excutere.

Digitized by Google

cutere. Dicam paucis: analogiæ iuris noſtri magis convenire, ut is, qui cum alio, ſive femina, ſive pupillo, ſive minore, ſive abſente, ſive quocumque, quem inutiliter intercedere ſciebat aut ſcire poterat, fideiuſſit, in ſolidum conveniri poſſit, nec beneficium diviſionis habeat. Eadem enim in omnibus his perſonis prorſus eſt ratio, quæ in muliere a Papiniano in *d. L.* 48. *pr.* adfertur, *quum ſcire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem fruſtra intercedere.* Ergo eadem deciſio ſit oportet. Nam eadem facilitate ſcire quis poteſt, minorem, abſentem &c. qua, mulierem non obligari. Magis incertum eſt tempore fideiuſſionis, utrum confideiuſſor ad inopiam poſtea ſit perventurus. Atque tamen, non obſtante hac incertitudine, alter, qui cum eo fideiuſſit, deinde in ſolidum tenetur. *L.* 26. *de Fideiuſſoribus.* Quapropter ſic iudicatum fuit: 5) Die Claußthaliſche Cämmerey 50 Reichs-Thaler Capital, beſage des ihr auf der Thal-Wieſe gerichtlich verſchriebenen Unterpfandes. Im Fall aber ſolche Wieſe zu Bezahlung dieſer Forderung nicht zureichet, ſo iſt die Cämmerey ſowohl des Capitals als der Zinſen halber ſich an der Kinder erſter Ehe mütterliche Güter zu halten berechtiget. Jedoch gehet hiervon derjenigen Kinder rata ab, welche nicht perſönlich in die dieſerhalben gemachte Caution gewilliget, oder auch zu ſolcher Zeit minderjährig geweſen. 6.) Die Stollen-Caſſe 1045. fl. 15. gl. 3½. pf. ſo aus der von dem verſtorbenen Schuldener ehemals geführten Verwaltung und Rechnung herrühren. Welche Summa denn, daferne des Debitoris Vermögen nicht zureichet, aus den mütterlichen Gütern derjenigen Kinder, welche bey Beſtellung der p. 166. und 167. befindlichen Caution perſönlich auch maiorennes geweſen, zu nehmem iſt. V. R. W. Rat. dec. Die Stollen-Caſſa und Cämmerey mögen ſich in ſubſidium an das mütterliche Vermögen halten. Weil aber niemand eines tertii Güter verſchenken, oder deſſen iuribus renunciiren mag, ſo

Digitized by Google

so haben wir derjenigen portiones, welche bey Bestellung der Caution entweder abwesend oder minderjährig gewesen, ausgenommen, jedoch mit diesem Unterscheide, daß die Stollen-Cassa nichts destoweniger ihre völlige Bezahlung aus den übrigen bonis maternis nehmen kann. Dahingegen der Claußthalische Rath, dem ein jedes Kind sein mütterliches Gut nur pro rata obligiret, wegen dessen, so abgehet, keine Prætension wider die andere machen kann.

SPECIMEN DXXVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. XLVI. TIT. II.

DE

NOVATIONIBVS.

I.

Novationibus alienatio inest.

II.

Novatio ab administratoribus rerum ecclesiasticarum facta irrita est, nisi evidens sit ecclesiæ utilitas.

Regula, quæ in *L.* 10. *de Novationibus* proponitur: *Cui recte solvitur, is etiam novare potest*; tam varie limitatur a *Meiero in Colleg. Argent. tit. de Novationibus* §. 8. ac aliis interpretibus, ut parum absit, quin tota evertatur. Ergo iam diu est, quod aliam meliorem firmioremque requiro; quam me etiam invenisse credo. Videlicet omni novationi alienatio aliqua inest. Perimit enim illa priorem

rem obligationem, *L.* 1. *pr. de Novationibus*, §. 3. *I. quibus modis tollitur obligat.* liberat pignora, sistit cursum usurarum, &c. *L.* 18. *de Novationibus.* Itaque non erraveris, si hanc regulam stabilias: Quisquis alienare potest, is novandi facultatem habet; &, qui alienare nequit, nec novare potest. Dabo exemplum: Tenebat quis prædium ecclesiasticum sub contractu vitalitio, qui proxime ad precarium in *Novella* 7. *pr.* & *c.* 4. memoratam accedit. Is, inito cum sacerdote & templi œconomis pacto, contractum vitalitium in emphyteusin mutat. Sed mortuis post aliquot annos sacerdote ac œconomis, successores eorum contra possessorem agunt, ut vetus contractus vitalitius restituatur, ex hoc potissimum fundamento, quod templo præfectis omnis alienatio interdicta sit. Respondet possessor, nullam hic alienationem intercessisse, sed novationem meram, deinde læsionem quoque deficere, quum præstationes emphyteuticæ iis, quæ ex contractu vitalitio debebantur, si non maiores, saltem æquales sint. Et quamvis de læsione certo non constaret, ICti tamen Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CC XXIV. priorem contractum restituerunt ex hac potissimum ratione, quod novatio alienationem contineat: Daß Beklagte die streitige 8 Morgen von jetzo an auf den alten Fuß zu setzen, und auf zwey Leiber zu kaufen schuldig, übrigens die verursachte Unkosten gegen einander aufzuheben seynd. V. R. W. Rat. dec. Es hat der Beklagten Vorfahre Bürgermeister Reineking die vordem auf einem Leib-Kauf gestandene 8 Morgen Kirchen-Land mit Aufhebung des Leib-Kaufs erbzinsweis angenommen. Als nun die Kirche seine Nachkommen dieserwegen in Anspruch nimmt, und die Sache wieder auf den alten Fuß zu setzen verlanget, schützen diese dagegen vor, daß hier keine eigentliche Alienation, sondern nur eine Novation durch Veränderung des Contracts in einen andern vorgegangen, bey solcher Veränderung alle nöthige Solemnien in Acht genommen, und

des Raths, der Diaconen und der Kirchen Vorstehere Bewilligung gefodert worden, und der Kirche aus dem veränderten Contracte eher Nutzen als Schaden zuwachse, mithin keine læsio vorhanden sey; wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätte es bey dem Erb-Zinß-Contracte gelassen und voriges Urthel bestätiget werden müssen. Alldieweil aber bey der von Bürgermeister Reinekingen getroffenen Handlung nicht der blosse Name und caussa debendi des alten Contracts, sondern die præstationes selbst geändert worden, demnach allerdinges eine Alienation vorgegangen, und denn vermöge Kirchen-Ordnung den Pastoren und Kirchen-Vorstehern eine Aenderung in Kirchen-Gütern zu machen verboten ist, hiernächst bey diesem eine Alienation involvirenden Contracte zwey Haupt-Requisita, nemlich eine nothwendige oder sonst rechtmäßige Ursach, und der Consens des Consistorii, mangelt, ferner Beklagte, wenn sie den alten Contract vor sich vortheilhaft zu seyn glauben, sich um so viel weniger über dessen Wiederherstellung beschweren können; So haben wir auf solche Wiederherstellung billig gesprochen. Adde *L.* 20. §. 1. *L.* 34. §. 1. *de Novationibus*, *L.* 22. *de Administr. & peric. tut.* ubi tutoribus curatoribusque novatio non aliter permittitur, quam si ea pupillo minorive expediat.

III.

Omnis obligatio in aliam mutari potest.

IV.

Commodissimum tamen est, ut mutuum substituatur.

V.

Qui ex huiusmodi obligatione substituta convenitur, litem negative contestari aut iusiurandum sibi super ea delatum præstare nequit.

Omnis

Digitized by Google

Omnis obligatio per novationem in aliam mutari potest. *L.* 1. *de Novationibus.* Et quamvis Vlpianus in *L.* 15. *de Rebus creditis* singulare hoc circa pecuniam creditam receptum esse dicat, ut contractus alii in mutuum converti possint, hoc tamen in mutuo peculiare non est. Sed quia contractus mutui commodissimus est, & paucissimas difficultates habet, solent eum novantes plerumque substituere. Sic in *L.* 6. *C. Si certum petatur* emtio venditio in mutuum usurarium transfusa memoratur. Ipsi supra in *Specim. DXXIII. de Fideiussoribus, medit.* 2. mutuum ex fideiussione factum memoravimus probavimusque. Atque hæc nova obligatio, quæ in prioris locum substituitur, ita in locum eius succedit, ut etiam pro vera accipiatur. Quamobrem, quum quis, quod ex transactione debebat, tanquam ex mutuo promisisset, ac deinde condictione ex mutuo conventus litem negative contestari, & iusiurandum sibi super mutuo delatum præstare cogitaret, ICti Helmstadienses mense Martio anni CIↃIↃ CC XXIV. hoc ei dissuaserunt: Haben die Trüebelische Wittwe und zwey Kinder sich über ihres verstorbenen Ehemannes und Vaters Verlassenschaft in zweyen successive errichteten Erb-Vergleichen dahin verglichen, daß die Wittwe 1666 Reichs-Thaler, 16 Groschen haben, anbey noch einige Vortheile geniessen, jedoch nach ihrem Tode ein jedes Kind 200 Reichs-Thaler zum voraus haben, und in das übrige sich mit dem Sohne erster Ehe gleich theilen sollen. Als nun die Trüebelische Tochter die ihr durch die Mutter von obigem Gelde zugewandte 600 Reichs-Thaler verthan, fodert die Mutter nunmehro von dem Sohn die 600 Reichs-Thaler, welche er gleichfalls von obgemeldeter Summa mit ihrem Willen bisher unter sich gehabt und verzinset. Entstehet dannenhero die Frage, wie der Sohn sich bey der introducirten Klage zu verhalten und darauf zu antworten habe. Nun wird er mit dem blossen negiren des zum Grunde gesetzten Darlehns der 600 Reichs-Thaler nicht fortkommen, indem

dadurch, daß die Mutter ihm die 600 Reichs-Thaler, die ihr Kraft Vergleichs gezahlet werden sollen, zinßbar gelassen, eine würkliche Novation vorgegangen, und die erste ex transactione herrührende Schuld in mutuum verwandelt worden. Folglich möchte der Sohn den ihm über solches Anlehn deferirten Eyd schwerlich mit gutem Gewissen ablegen können.

VI.

Ad novationem non verba praecise requiruntur, sed facta etiam, quibus voluntas priorem obligationem remittendi declaratur, sufficiunt.

Aulus Gellio domum vendit, atque in instrumento emtionis sibi arrhae loco, zum Angeld, trecenta stipulatur in ipsa traditione solvenda, de reliquo autem pretio fidem habet. Conveniunt stato die contrahentes. Aulus domum tradit. Gellius arrham exsolvit, non integram tamen; sed centum sibi ex iis mutuo relinqui Aulum rogat. Annuit Aulus, & chirographum super his centum tanquam mutuo datis a Gellio accipit. Adeunt deinde ambo iudicem, offerunt instrumentum emtionis & constitutam in eo pro residuo pretio hypothecam confirmari curant, de chirographo autem altissime silent. Post aliquot annos Gellius in concursum creditorum incidit. Concurrit cum aliis Aulus, locumque sibi inter hypothecarios poscit. Et hunc quidem cedunt ei libenter omnes, saltem negant, pignus ad centum illa, quae de arrha restabant, extendi posse, atque quod ad haec Aulum inter chirographarios ablegant. Aulus, centum haec partem pretii esse, atque adeo generali hypotheca comprehendi, ait. Respondent creditores, fuisse quidem illa olim partem pretii, sed deinde interventu chirographi in mutuum versa esse. Lis tota huc redibat, an pactum, de quo dixi, in die traditionis initum novationem induxisset, atque primariam, quod ad centum illa, obligationem penitus

Digitized by Google

nitus sustulisset. Aientem sententiam amplexi sunt ICti Helmstadienses mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XXIV. Vrgebat quidem maxime Aulus, se priorem obligationem specialiter non remisisse, nec expressisse, quod secundam magis pro anteriore elegerit; quod tamen in novatione absolute necessarium sit per *L. ult. de Novationibus*, & *Dec. elect. Sax.* At enim vero illa specialis remissio & expressio non verbis saltem, sed, ut in omnibus omnino negotiis, etiam factis fieri potest, quemadmodum recte observat *Schilterus Ex.* 9. §. 23. Omnes quippe conventiones etiam tacite valere, & recta ratio dictat, & Paulus in *L.* 4. *pr. de Pactis* ait. Nec adversatur Iustinianus, quippe qui in saepe dicta *L. ult.* ad voluntatem novandi respici iubet. At voluntas hæc verbis factisve exprimatur, nihil interest. In illa autem, quam ab initio narravi, specie Aulus voluntatem novandi lucide manifestarat. Consenserat nempe, ut emtor partem arrhæ retineret. Non erat itaque arrha amplius quod Gellius retinebat, quum arrhæ natura sit, ut in limine contractus exsolvatur. Sed cetera argumenta ex ipsis rationibus decidendi melius elucescent. Es ist die Frage zu erörtern, ob die dem Rathmanne Wagner bey Verkaufung seines Hauses an Kuhfussen verschriebene obrigkeitlich bestätigte Hypothec mit auf diejenige 100 Rthlr. welche dieser Wagner von dem Angelde dem Kuhfuß als ein Darlehn zinßbar zurück gelassen, und darüber eine absonderliche Verschreibung genommen, zu erstrecken sey. Nun suchen zwar die Wagnerischen Erben die aientem sententiam zu behaupten, und führen zu dessen Behuef an, daß Verkäufer ihm in dem Kauf-Briefe ein Unterpfand an dem verkauften Hause bis dahin, daß die ganze Summe völlig abgetragen seyn würde, folglich auch wegen der Angelder vorbehalten, und solche nirgend ausdrücklich remittiret, dergleichen Remission auch ohnedes niemalen præsumiret werde, viel weniger aus der zu mehrerer Sicher-

 heit

heit genommenen anderweitigen Verschreibung geschlossen werden könne, da eine Novation die ausdrückliche Aufhebung der ersten Obligation nothwendig erfodere, widrigen Falls die erste Obligation zugleich nebst der zweyten gültig sey. Es gewinnet also das Ansehen, ob hätten Leuteranten mit ihrer Foderung andern Gläubigern vorgezogen werden sollen. Alldieweil aber der Käufer 300 Reichs-Thaler baares Geldes zum Angelde zu zahlen in dem über den Kauf errichteten Instrumento versprochen, Verkäufer hingegen ihm hiervon 100 Reichs-Thaler zu Fortsetzung seiner Nahrung als ein Darlehn zurück gelassen, welches Darlehn denn eine vorhergehende solutionem oder traditionem brevis manus præsupponiret, folglich solche 100 Reichs-Thaler, welche Verkäufer damalen gleichsam empfangen und wieder ausgezahlet, so fort zu selbiger Zeit ein An- und Kauf-Geld zu seyn aufgehöret, hiernächst Verkäufer bey Ausbringung der Confirmation weder der zurück gelassenen 100 Rthlr. Meldung gethan, noch die neue Obligation bestätigen lassen, mithin sowohl die Obrigkeit als andere Gläubiger, denen der Käufer den Kauf-Brief vorgezeiget, nothwendig glauben müssen, es sey das in dem fast ein halbes Jahr vor der gerichtlichen Bestätigung gefertigten Kauf-Briefe versprochene Angeld längstens bezahlet, und hafte dieserwegen kein gerichtliches Unterpfand weiter auf dem Hause, wodurch denn vielleicht andere dem Kuhfuß Geld zu leihen bewogen worden; So stehet den Wagnerischen Erben dieser 100 Reichs-Thaler halber kein gerichtliches Unterpfand zu, und hat mithin voriger Bescheid bestätiget werden müssen.

VII.

Sola veteris chirographi renovatio non est vera novatio.

VIII.

Poterit ergo creditor ex vetere chirographo agere, etiamsi ex novo iam tum actionem instituerit.

IX.

Digitized by Google

IX.

Tunc tamen acceptio instrumenti novationem inducit, quando prius chirographum simul restituitur, aut laceratur.

Frequens & maximi momenti controversia est, an renovatio veteris chirographi, e. g. literarum cambialium, priorem obligationem perimat, atque adeo veram novationem inducat. Sæpe illa in concursibus creditorum ventilatur, ubi creditor, qui novum chirographum accepit, mavult tamen vetere uti, atque ex eo antiquiorem sibi hypothecam & potiorem propter eam locum vindicare. Atque non desunt, qui confectionem novi instrumenti super eodem debito simpliciter pro novatione reputant. Et videtur iis adsentire Scævola, qui in *L. 57. de Admin. & per. tut.* debitores, quorum chirographa incendio exusta sunt, ad novationem faciendam, hoc est, ad nova chirographa danda, cogi posse ait. Verum iam diu *A. Matthæi de Oblig. disp.* 45. §. 13. & *Huberus in Prælect. ad tit. π. de Novationibus* §. 1. vocem novationis in *h. L.* abusive poni, observarunt. Novatio quippe esse nequit, nisi animus novandi veteremque obligationem perimendi dilucide declaretur, qui per solam acceptationem novi instrumenti non declaratur. *L. ult. C. de Novationibus.* Quod eo extenderunt ICti Helmstadienses mense Iulio anni CIↃIↃCCXXVI. ut creditori, qui ex novo instrumento iam tum actionem instituit arrestumque impetravit, tamen permiserint ad veterem obligationem reverti: Was Leuterante wider den Ober-Jäger Kersten einwendet, ob habe derselbe sich seines Rechtes durch Annehmung eines Wechsels, Anlegung des Arrests und Anstellung der Klage in Quedlinburg begeben, ist von keiner Erheblichkeit, indem nirgend zu befinden, daß der Ober-Jäger bey Annehmung der Wechsel, Anlegung der Arreste und Anstellung der Klage in Quedlinburg

burg eine wahrhafte Novation, zu deren Essenz die Cassirung der älteren Obligationen nothwendig erfodert wird, vorgenommen, überdies bekannten Rechtens ist, daß derjenige, welcher einer Foderung halber unterschiedene Actiones anstellen kann, das ius eligendi habe und sich durch Election eines fori action nicht præiudicire, sondern von dem, was er einmal erwählet, allezeit wieder abgehen, und das andere remedium ergreifen könne, auch diese Freyheit so lange, bis er an einem Orte völlig befriediget, behalte. *L.* 23. *L.* 28. *C. de Fideiussoribus.* At enim vero tunc aliud dicendum est, quando creditor non solum novum instrumentum accipit, sed simul vetus chirographum vel debitori reddit, vel lacerat. Sic enim animum suum, priorem obligationem perimendi, manifeste declarat. *L.* 2. §. 1. *de Pactis.* Recte igitur apud *Bergerum in Philocaliis iuris pag.* 352. *sqq.* plura collegia, solis Francofurtensibus ICtis dissentientibus, responderunt, creditores, qui post mortem debitoris sui ab huius filio novas literas cambiales accipiunt, eidemque veteres reddunt, novationem facere prioremque obligationem remittere, ut deinde ad beneficium separationis provocare nequeant.

X.

Tunc nec retentio veteris chirographi novationem impedit, quando obligationes vetere & novo instrumento comprehensæ sunt contradictoriæ.

Dixit hoc ante me iam *Voetius in Comment. ad tit. π. de Novationibus* §. 3. *Quoties*, inquiens, *apparet*, *obligationem posteriorem non posse simul cum priore consistere, adeoque cum priore incompatibilem esse, ut loquuntur, non potest non videri*

deri novatio eo modo intervenisse. Ipse tamen exemplum nullum addit. Quare ego nunc illud subiiciam. Notum scilicet est privilegium pecuniæ hereditariæ, quam coheres sibi a coherede ex bonis hereditariis stipulatur, atque, excitato deinde contra debitorem concursu, inter primos creditores consequitur. Ea ex dispositione iuris Saxonici in *Decis. Elect.* 7. Magdeburgici in *Ordinat. process. cap.* 49. *cl.* 1. §. 21. Anhaltini &c. hanc naturam habet, ut usuras non admittat. Fac ergo, heredem, cui pecunia hereditaria debebatur, retento, in quo illa promissa fuerat, instrumento, novum etiam chirographum, in quo eadem pecunia tanquam ex mutuo sub usuris promittitur, exigere, deinde vero, orto concursu, priore instrumento uti malle. Negarunt, eum audiendum esse, ICti Helmstadienses mense Iulio anni CIↃ IↃ CC XXVI. Das vierte gravamen ist wider Philipp Victor Petersonen gerichtet, und wohl gegründet. Zwar wenn es bey dem Kauf-Briefe geblieben wäre, hätten die gedachtem Victor Philippen zugetheilte Gelder das Privilegium der Tagezeit-Gelder behalten. Weil er aber laut Vol. I. fol. 79. die ihm verschriebene Kauf-Gelder in ein Darlehn verwandelt, und Zinsen, welche mit der Natur der Tagezeit-Gelder streiten, davon stipuliret, so ist die darunter vorgegangene Novation offenbar, und muß gedachter Victor Philipp sich mit der Stelle, welche ihm Kraft des aussergerichtlichen Unterpfandes zustehet, begnügen. Und thut nichts dargegen, daß keine Novation præsumiret, sondern in dubio beyde Obligationes, die ältere und die neuere, gültig geachtet werden. Denn dieses gehet wol an, wenn beyde zusammen bestehen können; allein denn, wenn eine der andern contrair ist, so ist unmöglich, daß 2 contradictoria bey einander stehen, sondern die erste wird durch die letzte aufgehoben.

SPECIMEN DXXVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLVI. TIT. II.

DE

DELEGATIONE.

I.

Delegationis discrimen a venditione, cessione, adsignatione ostenditur.

Qui actiones suas & nomina in alium transferunt, illi modo vendere, modo cedere, modo adsignare, modo delegare dicuntur. Et diversa hæc sunt utique invicem. Vendere actionem est, pretium pro ea ab altero accipere aut stipulari. *L.* 5. §. 2. *Quibus modis pignus vel hypoth. solvitur.* Cedere idem est, quod in rebus corporalibus tradere, *L.* 4. *C. de Hered. vel act. vendita*, & significat actum, quo creditor actionem suam vel nomen ei, cum quo convenit, re ipsa præstat seu mandat. *L.* 14. *pr. L.* 23. *pr.* D. *L.* 3. *C. de Hered. vel. act. vend.* Atque hæc vox generalis est, neque ad venditiones solum, sed & ad donationes, *L.* 23. *pr.* & §. 1. *L.* 24. *C. Mandati;* & quaslibet alias conventiones refertur. Adsignare dicitur debitor, qui creditori suo actionem aliquam sibi contra tertium competentem in solutum dat, seu permittit, nomen aliquod a tertio debitore exigere & solutionis nomine retinere. Denique delegatio nihil aliud est, quam adsignatio cum novatione coniuncta, & requirit, ut creditor, qui nomen in solutum accipit, expresse debitum, quo dans ipsi obligatus erat, remittat, atque hunc penitus e nexu & obligatione dimittat, id quod, ni claris verbis dictum fuerit, non præsumitur.

Digitized by

tur. *L.* 8. *C. de Novationibus*, §. 3. *I. Quibus modis toll. obl.* In effectu hoc maxime intereſt: Qui actionem & nomen delegavit, ſi debitor deinde non eſt ſolvendo, delegantem tamen, quem ſemel liberavit, convenire nequit, per dictam *L.* 8. & §. 3. Idem in eo, cui vendita, donata vel ex aliis cauſſis ceſſa eſt actio. *L.* 4. *de Hered. vel act. vendita.* Vnice ille, cui ea adſignata eſt, regreſſum contra adſignantem habet, quoniam creditor, qui nomen aliud ſibi adſignari patitur, antiquo iuri ſuo renunciare non videtur. *L.* 3. *C. de Novationibus.* Vide *Strykii* libellum *de Iure adſignationis inter mercatores*, quem *Vſui moderno lib.* 18. *tit.* 4. inſeruit, §. 23. & 24.

II.

Ad delegationem inducendam non ſufficiunt coniecturæ & facta dubia.

III.

Non ſufficiunt ergo novi chirographi, aut partis debiti aut uſurarum acceptio, nec inſtituta contra delegatum actio.

IV.

Sufficiunt vero facta evidentia, quibus prima obligatio vel remittitur, quod in redditione aut cancellatione veteris chirographi fit;

V.

Vel plane immutatur, ut transactio.

Delegatio novationis ſpecies eſt. Eadem ergo quæſtio hic redit, quæ in doctrina de Novationibus tantopere ventilatur, quomodo animus veterem obligationem remittendi declarandus ſit. Circa eam interpretes in duas partes abeunt, quarum altera coniecturas etiam admittit, altera verba ex-

pressa requirit. Vtraque pars Iustinianum in *L. ult. de Novationibus* & §. 3. *I. Quibus modis toll. obligatio* ad se trahere laborat. Illi mentem principis, hi verba maxime urgent. Nolo, quae utrinque disputantur, recoquere. Infinitus hic labor foret. Dicam saltem, eorum, qui clara verba desiderant, maiorem numerum videri. Videsis *Harprechtum ad.* §. 2. *I. Quibus modis toll. obligat. Carpzovium l.* 5. *Resp.* 105. *Strykium in Cautelis contractuum c.* 2. §. 2. *Bergerum in Elect. disc. for. Supplem. P.* 1. *p.* 845. Ipse ad hanc sententiam accessit *Elector Saxo in Decis.* 66. Comprobarunt eandem collegia, quibus ego adsedi, atque coniecturas meras respuerunt. Sic e. g. quando creditor ab adsignato sibi debitore partem debiti recipit, tamen, quod ad reliquam partem, pristinam obligationem non remittit, sed salvam contra adsignantem actionem retinet. Pariter remissa non censetur obligatio prior, quando creditor adsignatum sibi debitorem etiam in iudicio convenit, vel arrestari curat, arg. *L.* 23. & 28. *C. de Fideiussoribus*. Sic mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XI. nomine ICtorum Vitembergensium respondi: Beklagter beschweret sich, daß ihm die Bezahlung der geklagten Schuld-Foderung auferleget worden, da doch Kläger sich wegen selbiger an die Post, welche Beklagter auf der blauen Hand zu fodern gehabt, anweisen, auf selbige Arrest legen, und von dem Inhaber besagter blauen Hand bereits 12 Rthlr. zahlen lassen, diesemnach nicht mehr befugt sey, von demjenigen, was ihm einmal gefallen, abzuweichen, und seinen Regress wider den bereits ex nexu gelassenen Schuldner zu nehmen. Alldieweil aber derjenige, welcher sich von seinem Schuldner an einen andern weisen lässet, hierdurch keinesweges die vorige Obligation aufhebet, daferne er nicht mit ausdrücklichen Worten, daß solche cassiret seyn solle, gedenket, sondern ihm tacite die Freyheit vorbehält, alsdenn, wenn der delegatus nicht zahlen sollte, den ersten Schuldener von neuem zu belangen; So haben wir das gesprochene Urthel bestätiget, und Beklagten, in

Er-

Ermangelung tüchtiger gravaminum, in die expensas retardati processus vertheilet. Porro usurarum acceptio non sufficit. Ita nomine ICtorum Helmstadiensium mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XVI. respondi: Und mag der Kirche von ihren Haupt-Schuldenern abzuweichen und sich an den Concurs zu halten, nicht zugemuthet werden, Denn ob gleich deren Vorsteher eine Zeitlang den Zinß von dem von Kalckreuth ohne Protestation angenommen, so ist dadurch keine Novation vorgegangen, noch das an die von Buntsch gehabte Recht erloschen, sondern es stehet der Regress an die letztere der Kirche jederzeit offen. Nec novi chirographi a debitore delegato acceptio novationem & veteris obligationis remissionem necessario involvit. Sic mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XV. Helmstadii respondimus: Dieweil der Herr Cammer-Rath dadurch, daß er neue Wechsel-Briefe, Obligationes und Unterpfands-Verschreibungen von dem Freyherrn angenommen, keinesweges sein in subsidium wider den Herrn Grafen habendes Recht fallen lassen, als welches in dubio, daferne nicht die erstere Obligation mit deutlichen Worten cassiret und aufgehoben wird, niemalen zu præsumiren ist, allhier auch des Herrn Cammer-Raths contraire Intention deutlich daraus, daß er die alte von dem Herrn Grafen indossirte Wechsel-Briefe in Händen, und sich das Recht daraus zu klagen vorbehalten, erhellet, in Erwegung, daß solches alles, wenn er nur sein Absehen auf den Freyherrn gerichtet, überflüßig und vergebens gewesen wäre, weil dieser durch die neue Wechsel und Verschreibungen sich sattsam obligiret. Diesemnach halten wir dafür, es sey der Herr Graf der wider ihn gemachten Foderung zur Gnüge überführet, demnach das in den fünf Wechsel-Briefen enthaltene Capital samt Interesse und Unkosten zu bezahlen gehalten. At enim vero inter coniecturas non etiam excludo facta evidentia, quibus voluntas remittendi primam obligationem declaratur. Qui hoc dicunt, ipsam videntur rectam rationem & iuris scripti analogiam evertere. Nam secundum rationem

naturalem & iura ſcripta idem eſt verbis & factis ſeu tacite conſentire. *L. 4. pr. de Pactis.* Sed quæ ſunt evidentia facta? Exemplis hoc optime doceri poteſt. Refero huc inprimis, quando is, cui novus debitor delegatur, deleganti chirographum ſuum reddit, aut illud lacerat, comburit, cancellat. Refero huc etiam, quando creditor, inita cum debitore delegato novatione vel transactione, veteris debiti faciem & formam prorſus immutat, ita ut priſtina obligatio, qua is, qui adſignavit, obſtringebatur, ne quidem ſuperſit. Atque eatenus probo ſententiam *Fabri in Codice lib. 2. tit. 4. def. 2.* & *Schilteri Exerc. 9. §. 24.* & *Exerc. 37. §. 191.* transactionem ad delegationem ſufficere, ſtatuentium. Ita quoque ICti Helmſtadienſes menſe Iunio anni CIↃ IↃ CC XVII. reſponderunt: Es gewinnet das Anſehen, ob hätte die vorgeſchützte Novation und Delegation, in Erwegung, daß, wenn die vorige Obligation nicht mit klaren und deutlichen Worten aufgehoben wird, dem Creditori der Regreſs wider den erſten Schuldener jedesmal offen ſtehet, abgewieſen werden ſollen. Alldieweil aber bewehrte Rechts-Lehrer gründlich behaupten, daß die novationes und delegationes auch durch facta, wodurch der Gläubiger ſeinen animum novandi deutlich bezeiget, geſchehen können, und dann der Kläger ſeine Intention zu noviren, und die erſte Obligation zu vernichten, dadurch klärlich am Tag geleget, daß er Vogeln als ſeinen alleinigen Schuldener tractiret, Berechnung mit ſelbigem gehalten, transactiones, welche zur Novation allein genugſam ſeynd, eingegangen, ihm längere Friſten verſtattet, die verſchriebene Mühle gleichſam in ſolutum angenommen, und, ungeachtet ſolche zu ſeiner völligen Befriedigung nicht zugereichet, gleichwol einige Jahre, ohne die Beklagte in Anſpruch zu nehmen, worzu er doch öfters Gelegenheit gehabt, vorbey ſtreichen laſſen; So haben wir in Betrachtung dieſer Umſtände es bey der in dem Erfurthiſchen Urthel enthaltenen abſolutoria gelaſſen. Nachdem jedoch unterſchiedene Rechts-

Lehrer

Lehrer dafür halten, es müsse die Novation mit ausgedrückten Worten, und nicht allein per facta, geschehen, diesemnach Kläger einige Wahrscheinlichkeit vor sich gehabt, folglich, ob gleich nicht alle culpa, dennoch der animus iniuriandi hinweg fällt; So haben wir ihn von der diesfalls angestellten Reconvention entbunden.

SPECIMEN DXXVIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLVI. TIT. III.

DE

SOLVTIONIBVS.

I.

Debitor, qui Procuratori creditoris speciale mandatum habenti solvit, plene securus est.

II.

Dolus procuratoris creditori nocet, non debitori.

Nihil interesse, utrum creditori ipsi, an procuratori eius solvatur, ipsa recta ratio dictat, quæ & limitationem hanc in *L.* 12. *pr.* & *L.* 86. *de Solutionibus* propositam, ut procuratori non aliter solvatur, quam si potestas solutionem accipiendi specialiter ei data sit, probat. Quodsi igitur debitor procuratori specialiter ad hoc constituto bona fide solvit, plene securus est, tametsi procurator hic fraudem committat, atque mandati sui fines excedat. Nam dolus mandatarii præponenti magis nocet, quam ut ille, qui bona fide cum præposito contraxit,

traxit, & in iusta ignorantia fuit, eo ipso citra omnem suam culpam lædatur & decipiatur. *L.* 10. *C. de Procuratoribus, L.* 1. §. 9. *de Exercitor. act. Hertius in dissert. de obligatione mandantis & mandatarii contemplatu tertii* §. 11. Ergo dubium non est, quin creditoris damno sit, si procurator pecuniam acceptam in usus suos convertat. Sed mihi aliquando difficilior quæstio proposita fuit. Aulus Gellio mille debet, Iuventius Aulo quingenta. Gellius Iuventio chirographum Auli dat, atque, ut debitum ab eo exigat, præcipit. Venit Iuventius ad Aulum, ostendit chirographum, flagitat Gellii nomine solutionem. Respondet Aulus, se quingenta solvere paratum esse, & pro reliquis quingentis illud ipsum nomen, quo Iuventius sibi obstrictus sit, in solutum daturum. Annuit Iuventius, reddit Aulo chirographum, quod a Gellio acceperat, accipit quingenta cum proprio chirographo suo, redit deinde ad Gellium, reportat ei quingenta, de suo nomine ac chirographo nihil dicit, sed, Gellium propediem quingenta reliqua soluturum, nunc brevem moram petere, renunciat. Interiecto exiguo tempore, Iuventius foro cedit. Venit tunc ad Aulum Gellius, flagitat quingenta. Respondet Aulus, se iam diu procuratori eius integram summam persolvisse, ac chirographum recepisse. Negat Gellius, solutionem dici posse, quæ Aulus cum Iuventio egisset; fatetur, se Iuventio mandatum dedisse, sed solutionem accipiendi, non compensandi. Postquam privatim se nihil proficere videt, actionem & iudicium parat, me tamen ante, numquid sibi sperandum sit, consulit. Adnectam ipsas eius literas: Gellius lebet auf Recommendation seines Schwieger-Sohns Iuventii dem Aulo auf einen von ihm und seiner Ehe-Frauen una cum Curatore unterschriebenen in solidum ausgestelleten Wechsel um Ostern 1726 ein Capital von 2000 Thaler auf

auf 2. à 3. Monath zu Erkaufung eines Wohn- und Brau-Hauses, und empfänget debitor Aulus von seinem Creditore diese Gelder selbst. Zu der Verfall-Zeit giebet der Creditor seinem Schwieger-Sohne den Wechsel, um das darauf negotiirte Geld baar einzucassiren; dieser, nemlich der Iuventius, meldet sich bey dem Debitore, und urgiret die Zahlung; dieser saget, er sey mit dem Gelde parat, weilen aber Iuventius ihme mit 600 Reichs-Thaler ebenmäßig ex cambio verwandt, müsse er selbige schaffen, sodann er Debitor so gleich die übrige 1400 Reichs-Thaler zahlen wollte. Iuventius erkläret sich, daß seine 600 Reichs-Thaler vorhanden, er Debitor möchte ihme nur die 1400 Reichs-Thaler bringen; dieser thut solches, bekömmt seinen Wechsel, und giebt Iuventio den auf 600 Reichs-Thaler zurück. Ille zahlet sodenn seinem Schwieger-Vater die 1400 Reichs-Thaler, und meldet, wie Debitor mit den übrigen 600 Reichs-Thalern noch nicht aufkommen könnte, solche aber nächstens bezahlen würde: Iuventius absentiret sich kurz darauf mit Hinterlassung vieler Schulden, Creditor Gellius lässet Aulum um die übrige 600 Reichs-Thaler mahnen, welcher sich entschuldiget, daß er den Wechsel habe, und die 600 Reichs-Thaler gegen Iuventii Schuld getilget, und damit compensiret. Nun ist kein Zweifel, daß, wenn Debitor die völlige 2000 Rthlr. baar bezahlet, und Iuventius solche insgesammt empfangen, und damit durchgegangen, nicht der Creditor den völligen Verlust über sich nehmem müste: da aber die Zahlung nur ex parte geschehen, ex parte aber mit Iuventii Post compensiret, gleichwol compensatio nur inter mutuos debitores & creditores und in rebus utrinque liquidis statt finden kann, ist Quæstio (1) ob der Debitor principalis cambialis seine an den tertium habende Forderung mit seines creditoris prætension pro parte compensiren könne, mithin (2) Creditor dergleichen Compensation, als wie ihme geschehene Zahlung, zu agnosciren schuldig, und wann negativa, wie ich davor halte, statt findet, was (3) vor eine Action anzustellen.

stellen. Respondi, nihil eum in iudicio profecturum: Die beyde vorstehende erste Fragen seynd sonder Zweifel mit Nein zu beantworten. Ich will aber noch eine, worauf es hier hauptsächlich ankommt, hinzusetzen, ob nemlich ein Gläubiger, welcher einem andern eine Schuld-Foderung einzucassiren aufträget, und ihm zu diesem Ende die Schuld-Verschreibung einhändiget, genehm halten müsse, wenn der Mandatarius statt baaren Geldes dasjenige, was er selbst dem Schuldener schuldig ist, annimmt, und gegen Empfahung seines eigenen Wechsels den ihm von seinem Mandante anvertraueten Wechsel zurücke giebet. Dieses halte ich nun allerdinges dafür, in Erwegung, daß 1) allhier ein mandatum speciale vorhanden, und der Mandatarius dadurch völlige Macht, die Zahlung auf Art und Weise, wie es ihm selbst beliebet, zu reguliren, bekommen, 2) die Abrechnung der Schuld, womit der Mandatarius dem Schuldner verhaftet gewesen, und die Zurückgebung seines Wechsels vor eine wahrhaftige Zahlung geachtet wird, und darunter eine traditio per brevem manum vorgegangen, *L.* 15. *de Rebus creditis*, 3) der Gläubiger sich selbst die Schuld beymessen muß, daß er seinem Schwieger-Sohne so viel getrauet und ihm durch Aushändigung des Wechsels absolute Vollmacht gegeben, hingegen 4) der Schuldener nicht die geringste culpam begangen, sondern demjenigen, welchem sein Gläubiger die Sache anvertrauet, ebenfalls Glauben beygemessen, und bona fide den von ihm in Händen gehabten Wechsel herausgegeben, mithin, daferne er dieses Geld doch an den Gläubiger zahlen müste, in Schaden käme, da er sonst die Schuld noch bey Zeiten eintreiben und den Wechsel in Händen behalten können; So ist des Gläubigers Forderung an den Schuldner durch dieses Mandatarii factum gänzlich erloschen, und stehet ihm weiter keine Action zu. Non adquievit in hoc responso Gellius, sed me iterum hac epistola interpellavit: Ich habe zu reussiren gute Hofnung, indem Mandatarius sich nicht in terminis mandati gehalten, und das ihme committirte Geld-Negotium nicht in utilitatem mandantis, als

auf

auf wessen Seite der consensus nur fictus oder præsumtus seyn kann, geriret und Debitor cambialis selbsten zugestehet, daß Iuventii Schuld pro parte mit des Mandantis als tertii Wechsel compensiret. At perstiti ego in responso, quod dederam: Die Raison wird ihnen nicht helfen, daß der Mandatarius fines mandati überschritten habe. Ich gestehe solches gerne. Allein der Gläubiger hätte ihm nicht sollen den Wechsel in Händen, und dadurch absolute Vollmacht zu handeln geben.

III.

Debitor creditori sui creditoris recte solvit, dummodo nomen huius liquidum sit & indubium.

IV.

Ea solutio, quamvis invito creditore facta, valet.

V.

Antequam tamen creditor eam ratam habet, debitor solutum repetere potest.

Vlpianus in *L. 6. de Doli mali & metus exc.* debitori permittit, creditoris sui creditori solvere, atque, si hoc creditor ratum non habeat, exceptionem doli tribuit. Sed maxima hic circumspectione opus est ex parte solventis. Nomen scilicet creditoris istius, cui solvitur, liquidum sit & indubium, oportet. Namque si obscurum sit, vel paulo altiorem quæstionem habeat, solvens exceptionem doli non habebit, aut saltem cum ea in reconventionem reiicietur. Ceterum ea controversia, quam *Gothofredus* aliique interpretes ad *d. L. 6.* movent, mihi prorsus inanis videtur. Quærunt scilicet, an solutio, etiam invito ac statim ab initio contradicente creditore, creditori eius facta liberet, & negant communiter propter *L. 108. §. 1. de Legatis*

gatis 1. Ridicule profecto. Vlpianus in *d. L.* 6. de illo casu solum agit, quo creditor factam creditori suo solutionem improbat. Nam si probaret, res dubium non haberet, nec exceptione doli opus foret. *Lex* 108. vero de *Legatis* 1. huc plane non pertinet, quippe in qua servo creditoris, hoc invito, solvi posse, negatur, id quod extra omne dubium positum est. Quamobrem debitor, qui, invitissimo licet creditore suo, quod hic alteri liquido debebat, solvit, securus est. Vt tamen creditori omnis cavillandi materia auferatur, bene faciet, si solutionem ei quam primum denunciet, atque ratihabitionem eius expetat. Quamdiu hæc non declarata est, debitor facultatem repetendi id, quod solvit, habet. Creditori enim creditoris sui obligatus non fuit. Igitur, quod ei solvit, ratione eius indebitum est, aut depositum magis, quod deponenti repetere quandocunque licet. Sic ICti Helmstadienses mense Maio anni CIↃ IↃ CCXXIV. responderunt: Hat Sempronius vor Mevio, einem Lübeckischen Kaufmanne, 24 Reichs-Thaler Fracht-Gelder verschossen, und 2 Jahr hernach von Friderico aus Nordhausen 50 Reichs-Thaler auf des Mevii Conto bezahlet bekommen, dieses auch an Mevium schriftlich berichtet, anbey gemeldet, er wolle die 24 Reichs-Thaler hiervon abziehen und die übrige 26 Reichs-Thaler bis zu Mevii weiterer Verordnung aufheben. Als aber Mevius hierauf nicht geantwortet so hat Fridericus nach Ablauf eines viertel Jahres dem Sempronio die 50 Reichs-Thaler bey Auszahlung einer andern Summa Geldes wieder abgezogen. Nun erhellet aus obangeführten Umständen klärlich, daß Fridericus Recht und Macht gehabt, die 50 Reichs-Thaler bey so langem des Mevii Stillschweigen dem Sempronio wieder abzurechnen und zurück zu nehmen. Zwar möchte vielleicht eingewendet werden, es sey die Zahlung einmal an Sempronium, als des Mevii creditorem, geschehen, und hätte

also

alſo Mevius dieſe Zahlung wenigſtens, ſo viel die 24 Reichs-Thaler betrift, auch wider ſeinen Willen billigen und genehm halten müſſen. Allein man ſiehet wol, daß Fridericus des Sempronii halber mit Mevio keinen Streit haben wollen, ſondern dem Sempronio die 50 Reichs-Thaler in Hofnung, daß Mevius es genehm halten würde, anvertrauet. Da nun dieſe Genehmhaltung nicht erfolget, ſo hat Fridericus zu ſeiner Sicherheit nicht wol anders thun können, als daß er dieſes Depoſitum, welches er ja den Rechten nach jederzeit zurücknehmen dürfen, wieder an ſich genommen.

VI.

Debitor multiplici debito obſtrictus, ſi partem ſolvat, primo uſuras, deinde gravius ſibi debitum ſolviſſe cenſetur.

VII.

Imputatio ergo fit in debitum proprium, item ſub maioribus uſuris contractum, tametſi alterum antiquius ſit.

Quum debitor multiplici debito obſtrictus non omne, quod debet, ſed partem ſolvit, controvertitur ſæpius, in quodnam debitum imputari oporteat, quod ſolutum fuit. Et ante omnia quidem imputationem in uſuras fieri, certum eſt per *L.* 5. §. 2. 3. *L.* 48. *D. L.* 1. *C. de Solut. L.* 35. *de Pignor. act. L.* 21. *C. de Vſuris.* Deinde de ſortibus diſpiciendum, de quibus vide *L.* 1. 3. 4. 5. 7. 9. 89. & 97. *de Solut.* Iſtæ leges omnes eo redeunt, illud debitum ſolutum videri, quod debitorem magis oneravit, & quo ſe liberare inprimis voluiſſe credendus eſt. Id quod & naturali æquitati convenire, agnoſcit *Pufendorffius de Iure naturæ & gentium l.* 5. *c.* 11. §. 4. quamvis ſic recedatur quodammodo a regula, quæ interpretationem adverſus eum facere iubet, qui clarius loqui potuiſſet. Sed veniamus ad adplicationem. Vidua mariti ſui mortui hereditatem adierat,

 atque

Digitized by Google

atque uni ex creditoribus hereditariis, cui & ipsa proprio nomine obligata erat, partem solvit. Is creditor deinde actionem in reliquum debitum instituit. Negat vidua, hereditatem solvendo esse, atque inventarium vel iuratam specificationem offert. Respondet actor, nihil sibi ex hereditate deberi, sed id iam diu a rea persolutum esse; nam, quum illa simpliciter solverit, imputationem in antiquius debitum faciendam esse, itaque superesse debitum recentius, quod ipsa post mortem mariti contraxisset. *L.* 5. *pr. de solutionibus*, ibi: *in antiquiorem.* Verum ICti Helmstadienses mense Augusto anni CIↃ IↃ CC XIII. solutum in posterius debitum, quamvis recentius, imputarunt, quod id solventis proprium fuisset, arg. *L.* 4. *&* 97. *de Solut.* Adiiciam rationes: Es ist Beklagte in den Acten sattsam überführet, daß sie ihres verstorbenen Ehemannes Erbin geworden, indem sie in der von ihm angefangenen Handlung verblieben, und solche fortgesetzet; worzu ferner kommt, daß Kläger dasjenige, was Beklagte nach und nach gezahlet, nicht auf die von ihr von neuen ausgenommene Waaren, sondern auf die alte von ihrem ersteren Manne gemachte Schuld gerechnet, welches auch den Rechten gemäß ist. Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätte Beklagte schlechterdinges in die gefoderte Summa condemniret werden müssen. Alldieweil aber ein Erbe die Schulden seines verstorbenen Antecessoris weiter nicht, als dessen hinterlassene Erbschaft zureichet, zu zahlen gehalten ist; auch sich von der Creditorum fernern Ansprüchen, vermittelst Ueberreichung eines richtigen Inventarii, oder in dessen Ermangelung, nach der in Teutschland heut zu Tage eingeführten Gewohnheit, einer eydlichen Specification befreyen kann, hiernächst dasjenige, was von einem Schuldner gezahlet wird, eher auf die von ihm selbst gemachte, als von andern herrührende Schulden gerechnet werden muß, hingegen die Præsumtion, daß die ältere Schuld abgetragen worden, nur alsdenn, wenn allerseits Schulden

Digitized by Google

Schulden von dem Debitore selbst herkommen, statt findet, *d. L.* 97. ibi: *Si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur*; So haben wir zuförderst der Beklagten auferleget, über alles dasjenige, was nach ihres Mannes Tode vorhanden gewesen, ein richtiges Inventarium oder eydliche Specification heraus zu geben, bis dahin denn das Erkenntniß in der Haupt-Sache ausgesetzet worden. Commemorabo aliud exemplum: Duplicem quis sortem debet, antiquiorem sub quincuncibus, posteriorem sub semissibus usuris. Solvit ille aliquid. Imputandum hoc erat in posteriorem, tanquam duriorem, sortem. Obiiciebatur tamen *lex* 89. §. 2. *de Solut.* Sed ea lex singularem casum continet, quo scilicet debitor pactus erat, se, quod sub usuris levioribus debebat, prius soluturum. Ergo extra hunc casum in regula manemus, magisque duritiem quam antiquitatem debiti spectamus. Sic ICti Helmstadienses mense Iunio anni CIↃ IↃ CC XVIII. iudicarunt ex his rationibus: Daß dieses jetzt streitige Capital auf 6 pro Cent jährliche Zinsen gestanden, demnach caussa durior, indem die andere Capitalia nur mit 5 verzinset worden, gewesen, also zu vermuthen ist, daß der Schuldener solches zufoderst abtragen wollen.

VIII.

Creditor, cui aliena pecunia a debitore soluta fuit, postquam eam consumsit, vel cum sua miscuit, a domino pecuniæ conveniri nequit.

IX.

Ne a fisco quidem, tametsi pecunia fiscalis fuerit.

Clara est *lex* 78. *de Solutionibus*, in qua numi alieni, inscio vel invito domino soluti, creditori, cui soluti fuerunt, addicuntur, si quidem eos ita cum suis commiscuit, ut discerni non possint. Quam legem sic explicat Bartolus,

Digitized by Google

lus, ut commiſtione numorum ſolutionem reconciliari dicat. Singulare hoc videtur multis, atque eſt etiam, habet tamen rationem, & inextricabilem confuſionem ac litem inde, ſi domino numos ſuos vindicare permitteres, metuendam avertit. Itaque ſecundum *h. l.* 78. me puero, in Academia Vitembergenſi iudicatum recordor, quum debitor quidam obæratus clave adulterina ſtudioſi cuiusdam cubiculum reſeraſſet, atque, arca eius expilata, numos in ea repertos creditoribus ſuis ſolviſſet. At ICtis Helmſtadienſibus menſe Aprili anni CIↃIↃCCXV. intricatior circa hanc legem controverſia oblata eſt. Quidam fiſco præfectus, idemque puellæ divitis curator, quum puellæ huic nubenti bona ſua reddere cogeretur, aliquot millia ex pecunia fiſcali ſolvit. Interiectis pluribus annis, fiſco rationes reddere & reliqua præſtare iuſſus, ſe magnam pecuniæ fiſcalis partem puellæ, quam dixi, maritoque exſolviſſe indicat. Corripit ergo fiſcus novos hos coniuges, ac pecuniam ſuam ab iis repetit. Hi, nihil niſi ſuum ſe recepiſſe, atque numos acceptos iam diu cum ſuis commiſcuiſſe & conſumſiſſe, reſpondent. Opponit fiſcus privilegium ſuum, quo ea, quæ debitor obæratus etiam ante concurſum motum uni ex ceteris creditoribus ſolvit, condicere poteſt. *L.* 18. §. 10. *& LL. ſeqq. de Iure fiſci, L.* 5. *C. de Privilegio fiſci.* Verum enim vero iſtud fiſci privilegium ex æquitate, ex recta ratione & ex regulis legitimæ interpretationis non poteſt niſi de iis creditoribus, quibus fiſcus in concurſu antefertur, intelligi. Nam nec credibile quidem eſt, legumlatores hoc privilegium etiam ad eos, qui fiſco potiores ſunt, extendere voluiſſe. Atque puellæ, quam ſæpe memoravi, iura fiſci iuribus potiora erant. Debitor enim diu ante, quam fiſco præfectus erat, curam puellæ geſſerat, atque bona eius adminiſtrarat. Itaque contra fiſcum

Digitized by Google

fiſcum ſecundum *L.* 78. *de Solutionibus* reſponſum fuit. Id reſponſum ſupra iam *Specimini CCCCXCVII. de Privilegio fiſci circa ea, quæ debitor obæratus geſſit, medit ult.* inſertum eſt.

X.

Locus ſolutionis, ſi nihil aliud conventum ſit, eſt domicilium creditoris.

Solvendum eſt, ut Africanus in *L.* 39. *de Solutionibus* ait, opportuno loco. Sed quis eſt opportunus locus? Is ſine dubio, de quo in contractu dictum. Si nihil in contractu dictum, ſolvi oportet in domicilio creditoris, arg. *L.* 21. *de Operis libertorum.* Quare quum debitor aliquis creditori extra domicilium ſolutionem obtuliſſet, hic vero eandem acceptare recuſaſſet, ICti Vitembergenſes reſponderunt, creditorem recte eam recuſaſſe, neque debitorem per oblationem iſtam ab uſuris liberari: Es ſey der debitor dem creditori nachzugehen, und an dem Orte, wo derſelbe ſich befindet und wohnhaft iſt, die Zahlung zu thun verbunden.

XI.

Quum æſtimatio & menſura rei ſolvendæ diverſa eſt, locus ſolutioni deſtinatus ſpectatur.

XII.

Tunc tamen locus, in quo contractum fuit, attenditur, quando partes diverſitatem menſuræ in loco ſolutionis ignorarunt, aut de ea non cogitarunt.

Qui ſe certo loco ſoluturum promittit, is ſe eius loci & legibus & foro & æſtimationi ſubieciſſe cenſetur, arg. *L.* 3. §. *ult. de Action. emt. L.* 22. *de Rebus creditis*, *L.* 3. *de Rebus auct. iud. poſſid.* Et de foro quidem ac legibus dubium non eſt. At de æſtimatione, menſura, moneta rei ſolvendæ aliud aliquando eſt dicendum. Sæpe enim contrahentes, dum in certo loco contrahunt, & in alio ſolutionem promittunt, nec cogitant quidem, eo in loco, quem

Digitized by Google

ſolutioni deſtinant, diverſam æſtimationem, menſuram, monetam eſſe, ſed ſolum eam, quæ in præſente loco eſt, ante oculos habent. In litibus vero, quæ circa contractus oriuntur, decidendis ante omnia mens contrahentium ſpectatur. Accedit argumentum *legis* 6. *de Evictionibus.* Sic itaque reſponderunt ICti Helmſtadienſes menſe Iunio anni cIↃ IↃ CCXXV. Iſt in der zwiſchen H. C. V. A. und G. V. E. errichteten Eheſtiftung unter andern dieſes paciſciret worden, daß der Wittwen nach des Mannes Abſterben von deſſen Bruder, oder dem nächſten Lehn-Folger, aus den Lehn-Meyer-Gütern zu P. 3. Fuder Korn jährlich geliefert werden ſollen. Als nun H. C. V. A. im Jahre 1717 verſtorben, will deſſen Bruder der Wittwen die 3 Fuder nicht in der gröſſern H. Maaſſe, ſondern in der kleinern zu P. wo die Lehn-Güter gelegen, gebräuchlichen geben. Entſtehet alſo die Frage: Ob derſelbe hierunter gegründet, und in welcher Maaſſe der Wittwen die 3 Fuder Korn zu liefern ſeynd? Nun ſtehet zwar in der Ehe-Stiftung, es ſollten die 3 Fuder Korn der Wittwen aus dem Sonder-Lehn, und zwar aus dem P. Lehn geliefert werden, folglich, da das zu liefernde quantum und der fundus in einem periodo enthalten ſeynd, ſo kann wol nicht geleugnet werden, daß der fundus reſtrictive und nicht demonſtrative hinzugeſetzet ſey, vide *Hoppium ad* §. 7. *I. de Legatis.* Ueberdies ſcheinet auch das P. Lehn, woraus die Lieferung geſchehen ſoll, der locus contractus zu ſeyn, auf welchen locum contractus bey Entſcheidung der über den Contract entſtehenden Streitigkeiten jederzeit geſehen wird. Bey ſolcher Bewandniß gewinnet es das Anſehn, ob ſey der Bruder wol berechtiget, der G. V. E. die 3 Fuder Korn in der zu P. üblichen kleinern Maaſſe zu liefern. Alldieweil es aber allhier gar nicht darauf, ob der fundus reſtrictive oder demonſtrative adiiciret worden, ſondern lediglich auf die von den Paciſcenten bey Errichtung der Ehe-Stiftung geführte Intention ankommt, und denn die Paciſcenten ſolche Ehe-Stiftung in H. wo H. C. V. H. auch wohn-

Digitized by Google

wohnhaftig gewesen, gemachet, also vermuthlich an keine andere Maasse, als die zu H. bräuchliche, gedacht, und die Haupt-Paciscentin G. V. E. wol nicht einmal gewußt, daß in P. eine geringere Maasse eingeführet sey, mithin auf selbige schwerlich das Absehen gerichtet, hiernächst die Rechte in *L.* 6. *de Evictionibus* deutlich verordnen, daß die Solemnien und Umstände eines auch über ein unbeweglich Gut getroffenen Contracts, nach der Gewohnheit desjenigen Orts, wo der Handel getroffen worden, beurtheilet werden sollen; Diesemnach müssen der Wittwen ihre 3 Fudern Korn in H. Maasse geliefert werden.

XIII.

Debitor, qui tempus solutionis arbitrio suo reservavit, ipse conveniri nequit, sed, mortuo eo, demum heres.

Ridicule Proculus in *L.* 125. *de Verb. sign.* verba: *quum commodum erit;* promissioni adiecta explicat: *hoc est,* inquiens, *quum sine incommodo meo potero.* Præstitisset, nihil dicere, quam obscurum per magis obscurum interpretari. Interim in vita communi lis de interpretatione istiusmodi verborum frequens est. Tum vero utraque pars ad *d. L.* 125. *de verb. signif.* provocare solet. Atque tunc controvertitur de novo, quid sit: *sine incommodo.* Video, multos eo inclinare, ut rem arbitrio iudicis permittant, ab eoque diem certum statui velint. Quam sententiam probavit legislator *Saxo* in dem Anhange der erläuterten *Process*-Ordnung §. 6. At, si ius commune spectes, durius sic cum debitore, qui non iudicis, sed suo arbitrio rem relinqui voluit, ageretur. Itaque cum *Carpzovio P.* 2. *C.* 28. *def.* 18. & *Bergero in Oeconomia iuris pag.* 567. sentio, tempus solutionis ex voluntate debitoris pendere, huncque, quamdiu vivit, ad solutionem compelli non posse, arg. *L.* 4. *Locati,* heredes tamen promittentis recte ad solvendum cogi, ne, si in hos arbitrium continuetur, promissio plane

inutilis efficiatur. Et ita quoque ICti Helmstadienses mense Augusto anni cIↄ Iↄ CC XXVI. iudicarunt: Moribundus quis templo quinquaginta pro sepultura pollicetur, tempus vero solutionis matris suæ arbitrio permittit. Hæc præsens; nihil, inquit, festinandum est. Mortuo promittente, filia eius heres convenitur. Hæc exceptionem nondum natæ actionis opponit, & aviæ suæ mortem exspectari oportere dicit. Adsenserunt ei ICti, & sic iudicarunt: Daß Beklagte dem Kläger 50 Thaler, jedoch erst nach ihrer Großmutter Tode, zu bezahlen schuldig. V. R. W. Rat. dec. Der von beyden Theilen geführte Beweis betrift die Frage: Ob Andreas Wehrens Mutter, auf deren Willen und Consens der Sohn die ganze Sache ankommen lassen, bedungen, daß die 50 Thaler erst nach ihrem Tode entrichtet werden sollen. Da nun die Mutter gesprochen, es sey mit der Zahlung Zeit genug, und denn aus diesen Worten erhellet, daß die Mutter die Zeit der Zahlung ihrem Gutbefinden anheim gestellet haben wollen, demnach, so lange sie lebet, darzu nicht angehalten werden kann; So haben wir dafür gehalten, daß Beklagte diesen Punct erwiesen.

XIV.

Debitor non solum ante diem præfixum, sed & tunc, quum obligatio in perpetuum contracta est, solvere potest.

Tempus, quod solutioni faciendæ in chirographis adiicitur, semper in favorem debitoris interpretandum esse, adeo ut huic etiam ante solvere liceat, notum est satis ex *L.* 70. & 98. §. 4. *de Solutionibus*, *L.* 137. §. 2. *de Verb. obl.* Adde *Carpzovium P.* 2. *C.* 28. *def.* 11. Id quod eo extendendum est, ut, quamvis mutuum in æternum contractum sit, creditor solus tamen hoc pacto impediatur, ne petat, debitor autem solvere nihilominus quandocunque possit. Trahi huc potest argumentum ex *Ordinat. politica Imperii de anno* 1577. *tit.* 17. §. 9. Et sic respon-

ſponderunt ICti Vitembergenſes menſe Februario anni cIↄ Iↄ cc XI. Hat Jacob von Pleiß ſein an dem Schloſſe und Stadt Stachelburg erlangtes Pfand jederzeit dem älteſten ſeines Geſchlechts auf Lebenslang zu genieſſen hinterlaſſen, und, daß nach Ablöſung ſolchen Pfandes die darauf haftende 65 13. Thaler 24 Kreutzer auf ein ander Gut geleget, und die davon fällige Zinſen gleichfalls dem älteſten des Geſchlechts von Pleiß abgefolget werden ſollten, verordnet. Nachdem nun dieſes Geld von Hiob von Pleiß auf ſein Gut Eichſtedt, vermöge ausgebrachter Amts-Gunſt, übernommen worden, ſo wird gefraget: Ob die von Pleiß, wider ihren Willen die Geſchlechts-Gelder anzunehmen, und die verſchriebene Güter Eichſtedt und Wippersbach los zu ſagen, genöthiget werden können? Wenn nun gleich in der bey Aufnehmung ſolchen Geſchlechts-Capitals ertheilten Amts-Gunſt, daß dieſes Capital bey den Beſitzern des Guthes Eichſtedt unaufſäglich ſtehen und verbleiben, ingleichen, daß dieſe hypotheca und Verpfändung indefinite und ungeändert jederzeit bleiben und gelaſſen werden ſolle, verordnet worden. Dennoch aber und dieweil ein jeder Schuldner nach ſeinem Belieben die Schuld abzutragen Macht hat, auch die pacta, ſo diesfalls hinzu geſetzet werden, jederzeit in ſeinen favorem zu erklären ſeynd, dergeſtalt, daß nur dem Gläubiger dadurch die Gewalt, das Capital aufzukündigen, nicht aber dem Schuldner ſolches auszuzahlen, benommen wird, immaſſen auch das Wort: unablößlich oder unaufſäglich; alſo bey den wiederkäuflichen Zinſen verſtanden wird; So ſeynd die von Pleiß die Geſchlechts-Gelder anzunehmen, und die verſchriebene Güter Eichſtedt und Wippersbach los zu ſagen ſchuldig.

COROLLARIVM.

Quum duo de nomine litigant, ſolvendum eſt ei, qui chirographum poſſidet, præſtita, ſi periculum appareat, cautione. Dixi *in Specimine CCCCLII. de Adquirenda & retinenda poſſeſſione medit. 6. 7.*

SPECIMEN DXXIX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLVI. TIT. III.
DE
MVTATIONIBVS MONETAE
PVBLICE DEFENSVM
A
CHRISTOPH. ANDREA SCHMIDT.
HELMSTADIENSI.

PRAEFATIO.

Regis quidam & principes tam exteri quam Germani falſam monetam tanquam regale quoddam exercent, atque per hoc maximam in re monetaria confuſionem frequentesque mutationes excitant.

Qui de regalibus huc usque ſcripſerunt, longosque eorum catalogos ſtupenti terrarum orbi obtruſerunt, inexcuſabili quadam negligentia præcipuum quoddam et lucri pleniſſimum omittunt, quod tamen principes quidam non Germaniæ ſolum, ſed totius Europæ, immemoriali præſcriptione adquiſitum conſtanter

ter tuentur. Eſt hoc regale falſæ monetæ, quod multi principes verbis legibusque abominantur, ac in privato quolibet ſeveriſſimis pœnis coercent, ſed tamen ipſi actu exercent. Vidi hoc ſæpius & concoquere diu non potui. Ineptus ſcilicet ego credidi ſemper, peccare illos principes contra ius naturæ, qui id, quod in ſe probant, in aliis damnant ac puniunt. Nunc vero, poſtquam, Iuſtiniani præceptum in *L.* 2. §. 15. *C. de Vetere iur. enucl.* ſequutus, ſubtili animo diverſitatis rationes excuſſi, agnoſco errorem, atque, omnia ſibi optima ratione conſtare, fateor. Nempe fons erroris mei fuit, quod cum vulgo credidi, crimen illud, quod falſi monetarii committunt, verum falſum eſſe. At non eſt. Nam ſi eſſet, ſuppuderet profecto maximos reges ac principes, eo ſe palam contaminare. Horum itaque legumlatorum, qui ipſi ius faciunt, auctoritas & exemplum falſam monetam iam diu ex numero falſorum exemit. Verum, ais, ſi falſum non eſt falſæ monetæ fabricatio, iniuſtæ ſunt, quæ in frabricatores hos ſtatuuntur, pœnæ, quum nullum aliud delictum, quod iis imputari poſſit, appareat. Sed apparet utique. Involant videlicet malefici hi in regale, de quo ab initio dixi, atque egregium emolumentum, ſoli, ſi diis placet, fiſco debitum, ſacrilego auſu uſurpant, adeoque crimen læſæ maieſtatis committunt, non ſecus, ac pirata ille, qui, teſte *Cicerone de republ. lib.* 3. apud *Nonium Marcellum cap.* 2. *n.* 432. & *cap.* 13. *n.* 6. Alexandro M. quærenti, quo ſcelere impulſus mare haberet infeſtum uno myoparone: eodem, reſpondit, quo tu orbem terræ. Ludere me forſan putas, lector. Non ludo in re ſeria ac capitali. Illudo ſaltem flagitioſiſſimo & impudentiſſimo mori, quo hi, qui ad gubernacula rerumpublicarum ſedent, turpi lucello intenti monetam ipſi corrumpunt ac irreparabile damnum commercio publico inferunt,

ferunt, dum eos, qui idem privati faciunt, ſimul exurunt vel capite plectunt. Digni hi ſunt profecto, qui ſale ſatyrico fricentur, quo eos nunc libere adſpergo, bene conſcius principibus, ſub quibus vivo, tale quid imputari non poſſe. Nunquam illi inhoneſtum iſtud ac fœdum regale exercuere, ſed deteſtati ſunt ſemper. Iam tum anno 1690. Rudolphus Auguſtus & Antonius Vlricus duces publico edicto veriſſime proteſtati ſunt: Ob wir zwar nebſt übrigen Hohen Gliedern unſers Fürſtl. Hauſes, an aller möglichſter Sorgfalt nichts ermangeln laſſen, denen nach und nach immer weiter eingeriſſenen Land- und Reichs verderblichen Münz-*Confuſionen*, ſo viel immer thunlich, zu *remediren*, abſonderlich aber unſere und unſeres Hauſes Münzen im Lande, und hingegen die gering gehaltige Sorten daraus zu behalten, ſo hat dennoch mit Unſerem beſonderen Mißvergnügen ſolches den verlangten Zweck allerdings nicht allein nicht erreichen mögen, ſondern es hat auch der tägliche Augenſchein ergeben, daß unſere und Unſers Hauſes Münzen ſich mehr und mehr und faſt gänzlich verlohren, hingegen unſere Lande mit allerhand ſchlimmen Münzen, aller dagegen ergangenen Verordnungen und gebrauchter Schärfe ohneracht, angefüllet worden, welches denn, da zumal nunmehro kein einziger Reichs-Stand in ſo gutem Gehalte, als auf unſers Fürſtl. Hauſes Münze-Orten bishero geſchehen, münzen läſſet, noch mehr zu beſorgen, woferne dagegen nicht in Zeiten dienſam Veranſtalt- und Ordnung ergehen ſollte. Et retinet adhuc hodie gens sereniſſima antiquum morem, atque lucrum, quod alii ex corruptione monetæ captant, non ſolum generoſe adſpernatur, ſed damnum quoque pro ſalute totius Germaniæ & flore commerciorum ſponte ſubit.

Sancte

Digitized by Google

Sancte mihi adfirmavit vir illustris, serenissimam gentem Brunsvicensem & Luneburgicam sex thalerorum millia quotannis in fabricam probæ monetæ impendere, & iacturam hanc hucusque æquo animo tulisse. Sed & vicini Poloniarum Prussiæque reges, qui hodie gloriosissime imperant, ab improbo regali hoc longissime absunt, suæque monetæ integritatem mirifice tuentur. Igitur non dubito irridere eos, qui diversa via incedunt, novumque sibi regale faciunt, & per hoc non cives solum suos emungunt, sed vicinos etiam enormissime lædunt. Excitavit horum improbitas, ab aliquot inde sæculis exercita, varias & in Germania & extra eam monetæ mutationes, quæ intricatissimas quotidie lites pariunt, & his inprimis, qui iuri dicundo præsunt, crucem sæpe figunt. Constitui itaque, historiam harum mutationum brevi scripto complecti, & potissimas, quæ inde oriuntur, controversias memorare & decidere. Doctius id, & accuratius ante me alii fecerunt, inter quos illustrem Bunavium honoris caussa nomino, cuius incomparabile de Re monetaria in Germania scriptum summo omnium eruditorum plausu exceptum fuit. Ego itaque nec elegantia nec novitate, sed sola, ut dixi, brevitate placere studebo, & quasi compendium eorum, quæ alii plenius meliusque exposuerunt, hic proponam.

I.

Historia monetaria Germaniæ paucis exponitur.

II.

Ius monetandi in Germania non est pars superioritatis territorialis, sed reservatum imperatorium.

III.

Quod tamen per prodiga imperatorum privilegia nimium multis communicatum.

Digitized by Google

IV.

Atque ab his, qui id a Cæsare obtinuerunt, iterum aliis cessum vel commodatum fuit.

V.

Inde corruptio monetæ oritur.

VI.

De uniformi moneta in Imperio constituenda diu frustra laboratur.

VII.

Tandem res anno 1559. *perficitur, atque moneta imperialis seu Coloniensis stabilitur.*

VIII.

Quæ per Kipperos & Wipperos interrupta fuit.

IX.

In eius locum anno 1667. *moneta Zinnensis*

X.

Et anno 1690. *moneta Lipsiensis surrogatur.*

XI.

Numorum aureorum bonitas intrinseca, anno 1559. *constituta, ad nostra usque tempora perduravit.*

XII.

Sed valor extrinsecus in immensum crevit.

XIII.

Numi aurei, quorum in antiquis documentis mentio fit, non ex præsente valore, sed ex antiquo, æstimantur.

XIV.

Digitized by Google

XIV.

Summma 2000. aureorum, quæ in privilegio de non appellando ducibus Brunsvicensibus dato comprehensa est, excutitur.

Das Reichs- und Land-verderbliche regale der falschen Münze, dessen Meldung ich in der Præfation gethan, hat die unzählliche Münz-Veränderungen in Teutschland, und zugleich eine unaussprechliche Confusion in dem commercio, und wegen der daraus entspringenden Processe in allen iudiciis verursachet. Dieser Confusion nur in etwas zu remediren, ist einem Iuristen unumgänglich nöthig, eine kurze Historie von den in Teutschland seit den dreyen letzten sæculis vorgegangenen Münz-Veränderungen zu wissen. Eine solche Historie haben vor mir bereits andere gefertiget, und grosse Bücher damit gefüllet. Allein ich habe vor besser gehalten, das, was sie weitläuftig ausgeführet, in die Enge zu ziehen, auch nach Möglichkeit zu verbessern. Und weil die ganze Sache nur die Teutsche angehet, zudem verschiedene Worte, welche in Lateinischer Sprache weder pure noch deutlich ausgedrucket werden können, vorkommen, so habe ich vor besser gehalten, mich der Teutschen Sprache zu bedienen. Das Recht zu münzen ist bereits von den alten Römischen Kaysern zu einem reservato imperatorio gemachet, und den privatis untersaget worden, immassen ex *L. 3. C. de Falsa moneta* erhellet. Sobald das Römische Reich an die Fränkische Könige kam, bestätigte Carolus Magnus bey dem *Lindenbrogio in L. Salica pag.* 355. *n.* 11. dieses *reservatum*, und verbot jedermanne, ohne sein Geheiß zu münzen. Nach Abgang des Carolingischen Stammes fuhren die Teutsche Kayser fort, ihnen dieses regale zu vindiciren, gestalt denn Fridericus in der bekannten Constitution, quæ sint regalia 2. *F.* 56. die monetas dahin ausdrücklich referiret, und Carolus IV. in der güldenen Bulle *tit.* 10. §. *ult.* das Recht zu münzen den Chur-Fürsten als ein neues Privilegium mittheilet. Und dahero

stehet in dem Schwaben-Spiegel oder sogenannten Kayserl. Land- und Lehn-Rechte *cap.* 12. §. *ult.* all Zöll und all Münzen, die in Römischen Reich seint, die seint eyns Römischen Künigs, und wer sie will haben, er sey Pfaff oder Ley, der muß sie haben von dem Römischen Reich und von dem Römischen Künig, und wer des nit enthut, der frefelt an dem Römischen Reich. Bey so klaren monumentis ist höchlich zu verwundern, daß nichts destoweniger einige schreiben, es sey in alten Zeiten das Recht zu münzen ein Stück der Landesherrlichen Hoheit gewesen, und habe ohne Vergünstigung des Kaysers exerciret werden können. Und noch mehr ist zu verwundern, daß sie diese Meynung auch auf die letztere Zeiten erstrecken, da doch die Reichs-Fürsten selbst an unzähligen Orten der Reichs-Abschiede z. E. in der mit ihrer Bewilligung *anno* 1559. gegebenen Münz-Ordnung §. 177. 178. und in dem Reichs-Abschiede vom Jahre 1570. §. 132. öffentlich bekennen, das Münz-Regale komme keinem, welcher es nicht vom Kayser erlanget, zu, überdies die Kayserliche Wahl-*Capitulation*, insonderheit die letztere *Art.* 9. solches gleicher Gestalt im Munde führet. Allein die Kaysere giengen ehemals mit diesem Ihrem reservato sehr verschwenderisch um, und verstatteten solches nicht allein Fürsten, Bischöfen, Aebten, Aebtißinnen und Reichs-Städten, sondern sogar schlechten Land-Städten, auch Adelichen Familien, daß also die Menge derer, welche Münze schlugen, nothwendig eine grosse Unrichtigkeit und Ungleichheit in dem Gelde verursachen muste. Ja die privilegirte Stände giengen gar so weit, daß sie das ihnen gegebene Privilegium wiederum andern mittheilten. Wir finden hiervon ein überaus merkwürdiges Urkund bey *Leuckfeld in Antiquitatibus nummariis* §. 97. nemlich einen Brief Bischof Ludewigs, und seines Dom-Capituls zu Halberstadt vom Jahre 1363. worinnen der Bischof bekennet, Er und sein ganzes Land habe grossen treflichen unverwindlichen Schaden aus der bösen und vernichteten Münze zu Halberstadt

stadt erlitten, und sey der Schlag also schnöde worden, daß keine Kaufmannschaft in seine Lande und Stadt einkäme noch kommen möchte, wannenhero er diese von dem Römischen König bestätigte Münze dem Dom-Capitul und dem Rathe, Bürgermeistern, Innungs-Meistern und der ganzen Mannheit der Stadt Halberstadt ewiglich gelassen habe, und in diesem Briefe frey und los lasse. Alles dieses grosse Uebel fiel männiglich in die Augen, und erweckte schwere Klage, bewegte auch sowol den Kayser als die Reichs-Stände, auf hinlängliche Remedur zu denken. Solche Remedur nun konnte wol in nichts anders, als der Einführung einer durchgängigen allgemeinen Reichs-Münze bestehen. Wir finden bereits von Caroli Magni Sohne, Ludovico Pio, eine Constitution bey *Lindenbrogio in Lib. 2. Capitularium cap. 18.* worinnen er eine durchgehends gleiche Münze in seinen Landen zu schlagen befiehlet. Doch, es muß diese Constitution entweder keinen, oder doch einen sehr kurzen Effect gehabt haben, weil die Klagen über die verderbte schlechte und ungewisse Münze beständig fort gewähret. Die Sache ward vielfältig auf die Reichs-Täge gebracht. Aber der Kayser und das ganze Reich waren viel zu ohnmächtig, dem Uebel zu steuren. Sie bekennen solches selbst. Man sehe nur den unter Kayser Friederich V. anno 1442. zu Frankfurt gegebenen Reichs-Abschied an. Dieser lautet also:

Von der gülden Müntz.

Item, wenn auch dem H. R. Reich und Teutschen Landen an der güldenen und silbernen Münze groß liegt und Nothdurft ist, daß sie ordentlich gehalten und geschlagen werden, darum so setzen wir mit Rath und immassen als vor, daß die güldene Müntz bey den neunzehen Karat feines Goldes zu gemeiner Landes-Währung bleib, als dann etliche Zeit ge-

wesen ist, und soll auch die nicht geringer noch höher gemünzet werden, oder wer ander thät, in welchen Würden, Stand oder Wesen der wäre, der soll schwerlich darum gestrafet werden.

Von der silbern Müntz wegen.

Item, wann dieselbe durch die Gelegenheit der Land, und mancherley Sach wegen, nicht auf ein gemein Korn durch alle Land zu bringen ist, darum wollen und gebieten wir, daß alle diejenigen, die solche silberne Münzen schlagen, stättiglichen und ordentlichen schaffen, daß sie recht geschlagen werden, wo aber anders geschlagen und gehandelt würde, dann billig wäre, so wollen wir das strenglich und festiglich strafen, und gestraft zu werden, schaffen, nachdem sich gebühren wird.

Was kann einfältiger seyn? Der Kayser und das Reich gestehen: Sie können das Münz-Wesen auf keinen rechten Fuß bringen, und befehlen doch, man solle die Münze stetiglich, ordentlich und recht schlagen. Nun suchten zwar einige Chur- und Reichs-Fürsten das Münz-Wesen wenigstens in ihren Landen in Ordnung zu bringen, nachdem sie an einer allgemeinen Reichs-Ordnung zu desperiren anfiengen. Wir finden in Müllers Reichs-Tages-*Theatro* I. Vorstell. *cap.* 10. *p.* 144. Chur-Fürst Friederichs des andern zu Sachsen, und seines Bruders Herzog Wilhelms Münz-Ordnung vom Jahre 1444. welche nach Gelegenheit der damaligen Zeiten überaus wohl eingerichtet, und alle vorher gegangene Münz-Constitutiones des Kaysers, des Reichs und anderer Fürsten, welche ich gesehen habe, weit übertrift. Allein, das einige Haus Sachsen war nicht capable, durch ein particulier Land-Gesetze eine allgemeine Krankheit zu heilen, und

Digitized by Google

und mußte sehen, daß, wie gut sie auch die Sache in ihren Landen eingerichtet hatten, gleichwol sie selbst und ihre Unterthanen aus dem commercio mit den benachbarten Landen, worinnen die Unordnung beständig fortwährte, unersetzlichen Schaden litten. Denn eben dieses ist das gröste Unheil bey dem verderbten Münz-Wesen, daß, wenn ein und der andere Fürst seine Münze rechtmäßig schlagen lässet, er entweder das commercium mit andern Landen, wo schlechte Münze im Schwange gehet, gänzlich aufheben, oder erwarten muß, daß solche benachbarte Lande zu seinem und seiner Unterthanen gröstem Nachtheil seine gute Münze an sich ziehen, und selbige mit ihrer schlechten Münze vertauschen. Die Sache ward also täglich verworrener, und konnte man um so viel weniger aus der Unordnung kommen, da die Reichs-Fürsten selbst wünschten, darin zu bleiben und daraus einen kleinen profit zu ziehen. Dieses declarirten sie deutlich genug auf dem im Jahre 1486. zu Frankfurt gehaltenen Reichs-Tage, wo sie einen gemeinen Rathschlag übergaben, und wegen der so ofte in Vorschlag gebrachten allgemeinen Reichs-Münze sich dergestalt heraus liessen:

> Die silbern Münz mag ein jeglicher Fürst machen nach dem besten, und Gelegenheit seiner Land;

Siehe Müllers Reichs-Tags-*Theatrum VI.* Vorstellung cap. 3. Wie nun bey solcher Bewandniß keine gemeine Besserung zu hoffen war, und das commercium darüber immer mehr und mehr verfiel, so thaten sich endlich die Hansee-Städte, denen an Aufrechthaltung des Commercii am meisten gelegen war, zusammen, und regulirten in ihren zu Braunschweig anno 1486. und 1490. gehaltenen Zusammenkünften den Münz-Fuß. Doch auch dieser Damm war viel zu ohnmächtig, die eingerissene Fluth der allgemeinen Unordnung zu hemmen. Also gieng das Rathschlagen auf den Reichs-Tägen immer fort. Unter Maximiliano

no I. kam nichts zu Stande. Unter seinem Enkel Carolo V. welcher die Reichs-Sachen mit weit grösserm Eifer, als sein Groß-Vater, trieb, war die Sache ziemlich weit gebracht, wie man aus dem Reichs-Abschiede zu Augspurg vom Jahre 1551. §. 35. *sqq.* siehet, würde auch unter diesem braven Kayser zur völligen Reife gediehen seyn, wenn seine Abdankung den Lauf der Reichs-Geschäfte nicht unterbrochen hätte. Also blieb die Ehre, dieses von vielen sæculis her tractirte und bisher unmöglich geschienene Werk eines allgemeinen Reichs-Münz-Fusses zu Stande zu bringen, des Kaysers Caroli V. Bruder und Nachfolgern, Ferdinando I. Gestalt dieser auf dem Reichs-Tage zu Augspurg im Jahre 1559. das berühmte Münz-Edict herausgab, worinnen der allererste Reichs-Münz-Fuß fest gesetzet, und die vorher eingerissene Unordnung ziemlich gehoben ist. Es gehet also von diesem Jahre 1559 der berühmte Reichs- oder, wie er von andern wegen der zu dessen Grund gesetzten Cöllnischen Mark genennet wird, Cölnische Fuß, nach welchen die noch jetzo vorhandene Species-Thaler zu 24 Silber- oder 36 Marien-Groschen gerechnet wurden, an, und blieb bis in das Jahr 1600. noch so ziemlich beständig und unverrückt, daß also die letzte Helfte des 16ten Seculi fast vor die beste Zeit in dem Münz-Wesen, welche Teutschland jemals gesehen, zu achten ist. Aber im Jahre 1600. wurden die kleinere Münzen geringschätziger geschlagen, und also fieng der Species-Thaler an mehr als 24 Ggr. zu gelten, mithin von dem Current-Thaler unterschieden zu werden. Dieses Unwesen wuchs von Jahr zu Jahren, nahm insonderheit anno 1609. wie Chur-Fürst Johann George *I.* zu Sachsen in dem Münz-*Mandate* vom Jahre 1623. meldet, über Hand, bis endlich der Species-Thaler im Jahre 1618. einen Thaler acht Silber-Groschen current- oder 48 Mgr. galt. Im Jahre 1620. stieg er auf zwey Current-Thaler, im Jahre 1621. auf 7 bis 8 Current-Thaler. Damit war die Kipper- und Wipperey auf

den

den höchsten Gipfel zu äusserstem Ruin des commercii gebracht, und muste, sollte dieses nicht gar zu Grunde gehen, gestürzet werden. Dieses geschahe nun im Jahre 1622. Da ward der Unterscheid zwischen dem Species- und Current - Thaler wieder abgeschaffet, und die von den Kippern und Wippern verdorbene Münze herunter gesetzet. Von solcher Zeit an blieb der Reichs-Münz-Fuß abermal bis in das Jahr 1666. ziemlich aufrecht stehen, und muß, was in solcher Zeit an Thalern verschrieben ist, von lauter Species - Thalern verstanden werden. Aber nach 1666. ist die kleine Münze wieder schlechter worden, und hat der Species-Thaler von neuen angefangen mehr als 36 Marien-Groschen, oder 24 Silber-Groschen, zu gelten, mithin von dem Current-Thaler unterschieden zu werden. Dieses veranlassete Chur-Sachsen, Chur-Brandenburg und das Haus Lüneburg anno 1667. im secularisirten Closter Zinna eine Zusammenkunft zu halten, den so lange gedauerten Reichs-Fuß zu ändern, und den 27. August zu verordnen, daß die Mark fein Silber, welche in den Species-Thalern nach dem Reichs- oder Cöllnischen Fusse zu 9 Thalern bis 9 Thalern 5 Marien-Groschen ausgemünzet ward, nun zu 10 Thaler 12 Ggr. ausgepräget werden, und ein jedes $\frac{2}{3}$ Stück 1 Loth fein Silber halten sollte. Dieser so genannte Zinnische Fuß ward noch in eben dem Jahre vom Kayser Leopoldo bestätiget, und zu Regenspurg durch ein conclusum imperii universaliter angenommen und pro lege ausgesetzet. Wie aber etliche der Urheber solches Fusses selbst anfiengen, unter dem Prætexte der Land-Münze davon abzugehen, und geringer Geld zu prägen, so kamen oben gedachte drey Häuser abermal im Ianuario 1690. in Leipzig zusammen, und beschlossen, künftig die Mark fein Silber in $\frac{2}{3}$, $\frac{1}{3}$ und $\frac{1}{6}$ Stücken auf 12 Thaler, in $\frac{1}{12}$ Stücken auf 12 Thaler 9 Ggr. in kleinern Stücken auf 13 Thaler auszuprägen, daß also ein Gran Silber eigentlich 1 Ggr. kommt; welcher Leipziger Fuß, ungeachtet der von den Reichstädtischen Abgeordneten beym

Digitized by Google

Reichs-Tage zu Regenspurg dawider vorgebrachten Remonstrationen, nichts destoweniger durch das ganze Reich pro norma des Münz-Wesens zur Publication gebracht worden, und jetzo bey Ausrechnung des heutigen Werths der alten Silber-Münzen zum Grunde dienen muß. Dieses ist die Münz-Historie des Silber-Geldes. Was hiernächst die Gold-Münze betrift, so hat die oben gedachte Augspurgische Münz-Ordnung vom Jahre 1559. §. 64. *sqq.* dessen innerlichen und äusserlichen Werth fest gesetzet, und befohlen, daß der Rheinische Gold-Gülden 18 Karath 6 Gran fein halten, und 75 Kreutzer gelten, der Ducate aber 23 Karath 8 Gran fein halten, und 104 Kreutzer gelten sollte. Der Gehalt oder das Gewicht ist bis jetzo ziemlich beständig geblieben. Allein der äusserliche Werth oder die Proportion mit dem Silber-Gelde hat über alle Maassen variiret. Reduciret man die anno 1559. gesetzte 75. und 104 Kreutzer nach dem eben daselbst zu 68 Kreutzer angeschlagenem Species-Thaler auf den heutigen Leipziger Fuß, so könnte der Gold-Gülde mehr nicht gelten als 1 Thaler 11 Ggr. 3 $\frac{9}{17}$ Pf. und der Ducate nur 2 Thaler $1\frac{3}{17}$ Ggr. In diesem Werthe ist das Gold, wenn ich die Kipper und Wipper-Zeit ausnehme, ziemlich beständig geblieben, welches man unter andern aus den vom Kayser Ferdinand dem III. dem Hause Braunschweig und Lüneburg in den Jahren 1639. und 1648. gegebenen privilegiis de non appellando erkennet, worinnen 9 Gold-Gülden zu 10 Species-Thaler angeschlagen werden, also, wenn ich den Species-Thaler zu 1 Thaler 8 Ggr. current rechne, der Gold-Gülde etwa 1 Thaler 11 Ggr. 4 Pf. gelten müste. Allein jetzo ist nach dem Silber das Gold in viel höhern Preiß, welches der Werth des Ducaten zeiget, der jetzo 2 Species-Thaler und mehr gilt, und in dieser proportion muß der Gold-Gülde 1 Thaler 22 Ggr. $\frac{2}{71}$ Pf. gelten. Ja, wenn ich rechne, daß man den Ducaten fast überall vor 2 Thaler 18 Ggr. annimmt, so wird der Gold-Gülde beynahe 2 Thaler ausmachen,

machen, und das Gold gegen 16 mal so viel werth seyn als das Silber. Wenn also in alten Verschreibungen und Urkunden Gold-Gülden schlechterdinges gesetzet seynd, so muß der Anschlag und die Bezahlung in natura an Gold-Gülden geschehen, und darf sich der Creditor zu seinem Nachtheil kein Silber-Geld, da man noch Gold-Gülden haben kann, obtrudiren lassen, nach der Münz-Ordnung *de anno* 1559. §. II. Ist aber in dergleichen alten Verschreibungen nebst den Gold-Gülden zugleich dessen Werth in Silber-Geld ausgedrücket, so wird die Wahl dem Schuldner gelassen, ob er das verschriebene Gold oder dessen Werth nach dem alten *anno* 1559. gesetzten Fusse in Silber zahlen wolle. Denn die Aestimation geschieht allemal nach der Zeit des Contractes. Ein deutlich Exempel giebt das dem Hause Braunschweig und Lüneburg vom Kayser Ferdinando III. in dem Jahre 1640. auf 2000. Gold-Gülden hoch ertheilte Privilegium de non appellando. Würde dieses nach dem heutigen Werthe des Gold-Gülden erkläret, so wäre keine Appellation an die höchste Reichs-Gerichte zu verstatten, wenn die streitige Summa unter 4000. Thaler current hielte. Allein in praxi rechnet man diese 2000. Gold-Gülden nach dem alten Werthe ungefehr zu 3000. Thaler current, und lässet die Appellationes, wenn die Sache so viel ausmachet, geschehen. In dem Chur-Fürstenthum Sachsen ist, vermöge Königlichen Befehls, vom 11. August. 1711. der innerliche Werth des Gold-Güldens, nach geschehener Valvirung von 1. Thaler 22. Gr. 6$\frac{4}{71}$ Pf. befunden, und der äuserliche auf 1 Thaler 22 Gr. 6 Pf. gesetzet worden. Vide *Corpus Augusteum tom. I. pag.* 1180. & *tom. II. p.* 899.

Digitized by Google

XV.

Quando monetæ bonitas sive extrinseca sive intrinseca universaliter mutatur, solutio semper in ea moneta, quæ tempore contractus valuit, atque in eo, quo tunc fuit, valore facienda est.

XVI.

Ea regula non in mutuo solum, sed in omnibus omnino negotiis locum habet.

Regula, quam primo loco propono, in ipsa recta ratione & æquitate fundata est. Videlicet quando moneta, sive quod ad externam sive quod ad internam bonitatem, mutatur, ipsa simul rerum pretia mutantur, atque vel crescunt, vel decrescunt. Vide *L. 2. C. de Veteris numismatis potestate.* Igitur creditor nisi & eandem, quæ tempore contractus fuit, monetam atque in eodem valore accipiat, non accipiet id, quod olim ei promissum fuit, sed vel plus vel minus. Convenit hæc regula etiam iuri Romano, ut ex *L. 3. de Rebus creditis & L. 99. de Solutionibus* patet. Quapropter & Elector Saxoniæ eam in *P. 2. Constit. 28.* iam diu confirmavit. Idem a Serenissima domo Brunsvicensi & Luneburgica factum. Clara sunt verba des Herzogl. Münz-*Edicts de dato* Braunschweig den 21. *Febr.* 1690. Die *Capitalia* sollen entweder in denen Sorten, worin die Ausleihung geschehen, oder aber nach dem Werthe und Gehalt, worin sie zur Zeit der Anleihung gewesen, bezahlet, und das gebührende Aufgeld darauf gegeben werden. In quibus verbis etsi de solo mutuo agatur, quin tamen ea ad omnes conventiones pertineant, dubium non est. Eadem quippe in ceteris conventionibus subest ratio. Quapropter

Digitized by Google

propter quum aliquando ex transactione anno 1684. inita tria millia peterentur, ICti Helmstadienses mense Martio anni cIↄ Iↄ ccXVIII. sic iudicarunt: Und mögen sich Beklagte nicht entbrechen, die Zahlung nach dem Werthe des Geldes, welcher anno 1684. gewesen, zu thun, in Betrachtung, daß bey veränderten Münz-Sorten der Billigkeit und den Rechten nach allemal auf die Zeit des geschlossenen Handels zurück gesehen werden muß. Fac etiam, muneri cuidam publico, e. g. professioni academicæ, circa medium seculum XVII, quo moneta imperialis florebat, salarium trecentorum imperialium adnexum fuisse. Is, qui hodie id munus gerit, quadringentos thaleros hodiernæ monetæ iure optimo flagitabit.

XVII.

Regula, quod post mutationem monetæ tempus contractus inspiciendum sit, tunc cessat, quum moneta non generaliter, sed aliquod saltem numorum genus mutatum fuit.

XVIII.

Qui reprobos numos tunc, quum illi publice valerent, accepit & tanquam probos expendit, eosdem, si postea reprobentur, vel infra antiquum valorem ponantur, restituere secundum tempus contractus non potest.

Iustitiam & æquitatem regulæ, quod post mutationem monetæ in solutionibus tempus initi contractus spectandum sit, agnoscunt plerique, sæpe tamen in adplicatione infelices sunt. Exemplo nobis *Ludovici* erit, qui in *Doctrina pandectarum tit. de Solutionibus* §. 6. 7. 8. regulam istam perversissime explicat & adplicat, ut appareat, eam ab illo nec intellectam quidem fuisse, quum tamen planissima

 sit.

ſit. Certe in §. 8. allegat *Conſtitut. elect. Sax.* 28. *P.* 2. pro firmanda ſententia ſua, etſi ea ipſi apertiſſime contradicat. Quin imo *Bergerus in Reſolut. Lauterb. pag.* 180. & *Oeconomia iuris pag.* 582. *n.* 6. litteram huius regulæ ſimpliciter ſequutus: *Nota*, inquit, *mutuatarium accepta mutuo pecunia prava, talem reddendo liberari, quamvis illam expenderit ut probam, propterea quod ſemper reſpiciendum eſt ad tempus contractus, atque adeo creditor plus genere, quam dederit, a debitore petere nequit: nec vero lucellum, quod hoc caſu conſecutus eſt debitor, adſcribendum eſt facto creditoris, ſed beneficio fortunæ, immo ipſiusmet debitoris ſolertiæ, in expendendo adhibitæ, quamobrem idem illud debitori non eſt invidendum.* Duriſſimum hoc eſt, & pugnat aperte cum *L.* 24. §. 1. *de Pignoratitia actione.* Interrogatus aliquando Præſes per litteras familiares, qua ratione conciliari tot diſſenſiones poſſent, reſpondit: Die Frage ſcheinet in Anſehung der unzähligen Diſſenſionen der Rechts-Lehrer eine der intricateſten zu ſeyn, iſt es aber in der That nicht, ſondern der ganze Diſput obgedachter DD. kommt daher, daß ſie den caſum einer univerſellen Münz-Veränderung mit der Abſetzung einiger ſpecierum vermengen. In jener iſt ſchlechterdinges auf das tempus contractus und den damalen geweſenen Münz-Fuß zu ſehen, weil ſonſt wegen zugleich geänderten pretii rerum ein Theil Schaden leiden müſte. Et ſic eſt profecto. Diſtingui oportet inter mutationem monetæ univerſalem & particularem. Si illa facta, tempus initi contractus ſpectandum eſt. At ſi aliquod ſaltem monetæ genus mutatum fuit, & numi iſti, quos olim mutuos dedit creditor, & tanquam bonos expendit debitor, vel plane commercio exemti, vel infra antiquum valorem poſiti fuerunt, præſens tempus ſpectandum, & numi, quales nunc recepti, ſolvendi ſunt. Ceſſat enim ratio regulæ, quæ tempus contractus ſpectari iubet, quoniam particularis monetæ mutatio pretia rerum non mutat. Et locupletior

tior fieret debitor cum creditoris damno, si, quod ille tanquam bonum accepit & in usus suos vertit, nunc ita restituat, ut creditor eo uti non possit. Sed optime rem exemplo illustrabo. Id vero ex responso ICtorum Helmstadiensium, mense Martio anni cIↃ IↃ CC XXVIII. exarato, petam: Hat Mutius dem Vitellio im Jahre 1721. 2000 Reichsthaler gut Hamburger current geliehen. Als nun nach der Zeit unterschiedene Münz-Sorten in Hamburg abgesetzet worden, so wollen anjetzo des Vitellii Erben bey der Bezahlung solche reducirte Münz-Sorten vor voll anrechnen, wannenhero zu wissen verlanget wird, ob gedachte Erben schuldig, diese 2000 Thaler nebst Zinsen an gutem jetzo in Hamburg gültigem Current-Gelde zu bezahlen. Nun werden des Vitellii Erben sonder Zweifel vorgeben, es sey bey Wiederbezahlung eines Anlehns schlechterdings auf die Zeit des getroffenen Contracts und der ausgestellten Verschreibung, und keinesweges auf die jetzige zu sehen, mithin das im Jahre 1721. in Hamburgischen Current-Gelde ausgeliehene Capital anjetzo in solchem Gelde, welches im Jahre 1721. zu Hamburg current gewesen, wieder abzutragen. Sie werden sich überdieß auf die Auctorität des *Berlichii P. 2. Concl. 35. num. 40. sqq.* ingleichen *Bergeri in Oeconomia iuris pag.* 580. *n.* 3. berufen, welche die in der Obligation gesetzte Worte: gute und ganghafte Münze; von der Zeit des Contracts zu erklären anbefehlen, wie denn sogar *Bergerus in resolut. Lauterb. pag.* 180. dem Schuldner, der böse Geld empfangen, verstattet, eben solches böse Geld, ungeachtet er das empfangene vor voll ausgegeben, zurück zu zahlen. Alldieweil aber die Regeln des natürlichen Rechts und der offenbaren Billigkeit erfodern, daß nach vorgegangener Münz-Veränderung die Zahlung also geschehe, damit weder der Gläubiger noch der Schuldner Schaden leide, sondern dieser letzte weder mehr noch weniger gebe, als er empfangen, und denn des Vitellii Erben sonder Zweifel weniger, als ihr Erblasser erhalten, geben würden, wenn man ihnen die Zahlung in den nunmehr in Hamburg

ver-

verrufenen speciebus zu thun erlaubte, da ja ihr Erblasser solche, wie sie noch unverrufen gewesen, gehoben, und dergestalt genutzet und gebrauchet, hiernächst die Rechts-Regel, daß bey Zahlungen das initium contractus, und der Werth des Geldes, wie er zu solcher Zeit gewesen, anzusehen sey, des Vitellii Erben eben im Wege stehet, indem das Geld, welches sie offeriren, ehemal, wie es ihr Erblasser bekommen, unverrufen gewesen, also, nachdem es jetzo verrufen worden, nicht mehr die alte Qualität hat, demnach Vitellii Erben keinesweges dasjenige, was ihr Erblasser im Jahre 1721. bekommen, restituiren wollen, sondern ratione qualitatis weniger anbieten, ferner Berlichius und Bergerus in den oben angeführten Orten von dem casu handeln, da eine allgemeine Münz-Veränderung vorgehet, und das Geld auf einen ganz andern Fuß gesetzt wird, da denn freylich in den pretiis rerum zugleich eine grosse Veränderung erfolget, folglich ad servandam æqualitatem nothwendig auf die Zeit des alten Contracts zurück gesehen werden muß, immassen *Hoppius ad Pr. I. Quibus modis re contrahitur obligatio*, auf welchen sich auch Bergerus berufet, deutlicher zeiget, hingegen dem Anführen nach in Hamburg keine universelle Münz-Veränderung vorgegangen, sondern nur einige species abgesetzet worden, und einige geblieben, folglich des Vitellii Erben die Zahlung ja in current gebliebenem Gelde thun können, und dem Mutio nicht eben die abgesetzte Species obtrudiren dürfen, endlich des Bergeri Meynung von bösem Gelde nothwendig von dem casu, da das Geld zur Zeit des Anlehns schon böse und verrufen gewesen, zu verstehen ist, und ohne gröste Unbilligkeit nicht auf den Fall, da es erst nachgehends vor böse erkläret und verrufen worden, erstrecket werden kann, welches letztere ohnedes mit dem ausdrücklichen *L. 24. §. 1. de Pignoratitia actione* streitet, vide *Struvii Jurisprud. Rom. german. lib. 3. tit. 4. §. 10.* So seynd des Vitellii Erben dem Mutio die geliehene 2000. Thaler nicht

nicht in den abgesetzten, sondern in solchen Geld-Sorten, welche anno 1721. gangbar gewesen, und noch jetzo gangbar seynd, zu bezahlen verbunden.

XIX.

Solutio in moneta paulo ante reprobata fieri nequit.

XX.

Quin imo ne quidem in moneta adhuc proba, sed mox reprobanda.

P*riscum ius Saxonicum* aperte iniquum est, quod debitori permittit intra 14. dies, postquam moneta reprobata est, debitum in reproba ista moneta solvere, *l.* 2. *a.* 26. Wenn man die Pfennige verbeut, vierzehen Nacht darnach mag man mit den alten Pfennigen wol Schuld geben und Pfand lösen. Quid vero iniustius est, quam, cogere creditorem, ut pecuniam, quæ proba ab illo data & in utilitatem debitoris conversa fuit, improbam & nullius valoris recipiat? Quanto rectius ius Romanum in *L.* 24. §. 1. *de Pignorat. act.* reprobam pecuniam non liberare solventem, statuit? Quod etiam propter evidentem æquitatem præ prisco iure Saxonico in foris receptum esse, *Hartmann Pistor. Observ.* 141. & *Carpzov. Q.* 2. *C.* 28. *def.* 3. testantur. Imo *Schulz de Oblat. & Obsignat. Richter P.* 2. *dec.* 73. *Brunnem. Cent.* 4. *D.* 14. *Stryk ad Lauterbach. tit. de Solutionibus, voce: Removenda* existimant, creditorem impune recusare posse solutionem in pecunia nondum quidem reprobata, sed mox reprobanda, die auf dem Sprunge stehet, abgesetzet zu werden, oblatam. Quæ sententia vel exinde defenditur, quod is, qui scit, monetam reprobatum iri, eamque tamen creditori obtrudere vult, in dolo versetur. Neque obstat nobis *Ordinatio monetaria Ferdinandi I. de anno* 1559. ubi moneta peregrina omnino abrogatur, atque civibus tamen permittitur, intra proximos 6. menses eadem in solutionibus uti. Responde-

Digitized by Google

mus enim, monetam peregrinam ibi non omnino improbari, ſed illud ſaltem intendi, ut ea paulatim & commode ex provinciis Germanicis avehatur; itaque magiſtratibus iniungi, ut, finitis etiam 6 menſibus illis, eam a civibus ſine gravi horum damno redimant, atque in monetam imperialem convertant.

XXI.

Creditor, cui certum monetæ genus promiſſum eſt, ſi hoc haberi non poſſit, aliud invitus accipere cogitur.

Litem veterem ſed maxime commemorabilem *Iohan. Rebban*, ICtus Argentoratenſis, *in diſſert.* anno 1664. ſub hoc titulo: *an, ſi ſpecies debita amplius non reperiatur, nec a debitore ſolvi poſſit, præſtando æſtimationem cum intereſſe debitor liberetur*; proponit, quam hic paucis repetam: Comes O. olim a Comite D. mutua acceperat viginti millia thalerorum a Slikiis in valle Ioachimica cuſorum, Schlickenthaler, ac pares reddere promiſerat, data in pignus ampliſſima poſſeſſione. Poſt multos annos debitoris pronepos creditoris pronepoti viginti millia thalerorum optimorum quidem, ſed non Slikianorum, quippe quorum tanta copia haberi non poterat, offert, addit etiam alia duo millia, quæ damnum omne penſarent, atque pignus repoſcit. Creditor retinendi pignoris cupidiſſimus litteram chirographi opponit, numosque omnes alios, præterquam Slikianos, recuſat. Quum nihil proficeret debitor, Carolum V. imperatorem adit. Is, tentata modis omnibus concordia, quum creditorem obſtinatum videret, Comites Slikios, qui ius monetam cudendi Ferdinando Bojemiæ regi iam diu ceſſerant, ſemel adhuc id exercere, & tantam, qua opus habebat debitor, ſummam antiqua bonitate cudere iubet. Recipere hanc cogitur creditor & reddere pignus, amiſſo etiam, quod ab initio oblatum fuerat, duorum millium lucro.

cro. Ita quidem Carolus V. litem ſapientiſſime diremit. Et potuit hoc ille facili negotio. At quid faciat iudex, cui ſimilis facultas non ſuppetit; quid ipſe Carolus feciſſet, ſi Slikia gens tunc temporis intermortua fuiſſet? Equidem *Carpzovius lib.* 5. *Reſponſo* 95: *Promiſſa*, inquit, *ſolutione thaleris imperialibus vel aureis in ſpecie aliove monetæ genere facienda, debitor id præciſe exſolvere tenetur, nec ſolutione alterius monetæ vel pecuniæ numeratæ liberatur.* Et Ferdinandus I. in der neuen Münz-Ordnung zu Augſpurg *anno* 1559. aufgerichtet §. II. pacta de certo monetæ genere ſolvendo inita ſtricte ſervari iubet. Verum neuter eorum poteſt aliter, quam de caſu, quo promiſſæ monetæ genus adhuc exſtat, intelligi. Quodſi vero illud vel interierit prorſus, vel in tanta, quanta debetur, copia non reperiatur, iudicem officium ſuum interponere, & creditorem, ut æſtimationem numorum promiſſorum cum eo, quod ipſius intereſt, accipiat, cogere oportet. Aequum hoc eſt & convenit cum *L.* 71. §. 3. *de Legatis* I. & *Novella* 4. *c.* 3.

XXII.

In antiquis chirographis nihil intereſt, utrum ſimpliciter pecunia, an vero aurei vel thaleri ſolidi promiſſi ſint.

XXIII.

Excipiuntur ſaltem anni 1600. *& ſequentes usque ad annum* 1622. *in quibus promiſſio nummorum ſolidorum maximam utilitatem habet.*

Sæpe in chirographis certum monetæ genus exprimitur. In antiquis maxime videas imperiales in ſpecie gute, harte, vollgültige Reichsthaler promitti. Hoc aliquando utilitatem habet, aliquando nullam. In iis nempe temporibus, quibus diſcrimen fuit inter ſpecie- & current-Geld, determinatio illa maximum uſum habet. At vero quamdiu moneta ſolida communi, dem Current-Gelde, exæquata fuit,

 deter-

Digitized by Google

determinatio iſta ſupervacua eſt. Diſcrimen autem inter current- & ſpecie- Geld ignoratum fuit prorſus ante ſæculum XVII. ac cœpit demum poſt annum 1600. nec duravit ultra annum 1622. quo obex poſitus fuit der Kipp- und Wipperey, & reducta vetus numiſmatis bonitas. In his ſolis itaque annis intereſt multum, utrum aurei vel thaleri ſolidi, ſeu, ut hodie loquimur, in ſpecie, promiſſi fuerint, an nulla horum mentio facta. Nam ſi hoc, vilis tantum moneta, qualis iſtis annis viguit, debetur. Quamobrem quum chirographum anno 1570. ſcriptum proferretur, ICti Helmſtadienſes menſe Februario anni CIϽIϽCCXXV. iudicarunt, nihil intereſſe, ſitne certum monetæ genus expreſſum, an non: Es kommt der, von dem zu Zeit der ausgeſtellten Verſchreibung geweſenen ſchlechten Münz-Fuſſe, gemachte Zweifel, in keine Betrachtung, da die viel gemeldete Verſchreibung nicht auf Münze, ſondern auf harte, genehme unverſchlagene Thaler Groſchen lautet, zudem anno 1570. die ſchlechte Münze noch nicht einmal im Schwange gegangen, ſondern erſt im 17. Sæculo mit der Kipp- und Wipperey ihren Anfang genommen.

SPECIMEN DXXX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. XLVI. TIT. III.

DE

APOCHA.

I.

Debitor in ipſa ſolutione apocham exigere, &, priusquam ea detur, pecuniam retinere poteſt.

II.

In ſolutione præſtationum annuarum apocha in eadem, quæ huc usque dari conſuevit, forma exigitur, atque immutata recte recuſatur.

Debi-

Digitized by

Debitori eo ipſo, quo ſolvit, momento ſecuritas præſtanda eſt. Igitur apocham ſimul recte exigit; ut adeo inter creditorem & debitorem mutua quaſi permutatio fiat, & creditor, dum pecuniam ſolutum recipit, apocham contra tradat. Ipſa naturalis æquitas hoc præſcribit. Sed & leges claræ adſunt. Et de debitis quidem privatis exſtat *lex* 18. *C. de Teſtibus*, de publicis vero functionibus *lex* 1. *C. de Apochis publicis*. Quamobrem ICti Vitembergenſes menſe Septembri anni cIↄ Iↄ CC IX. reſponderunt, poſſe debitorem annuarum præſtationum eas recte retinere, priusquam ſibi apocha tradatur, nec quamlibet ei apocham obtrudi poſſe, verum in ea, qua huc usque dari conſuevit, formula; diverſam recte recuſari. Reſponſum ipſum vide in *Specim. CLXXV. de Retentione medit.* 2.

III.

Creditor, qui in apocha generaliter ſibi ſatisfactum faſſus eſt, & debitorem plene liberavit, ea tamen, quæ tempore datæ apochæ ſibi deberi ignoravit, recte perſequitur.

Apochæ plerumque generaliter concipiuntur, ac debitorem plene liberant, ſed tamen ſpecialiter de iis ſolis, de quibus tempore datæ apochæ cogitatum fuit, interpretandæ ſunt. Ergo, ſi quid ſibi deberi creditor tempore datæ apochæ ignoravit, quantumvis ſibi pleniſſime ſatisfactum faſſus ſit, atque debitorem ab omni petitione liberarit, id tamen, quod ignoravit, petere adhuc poteſt, arg. *L.* 31. *C. de Transactionibus*, *L.* 6. *C. de Solutionibus*. Exemplum hoc eſto: Tranſigit debitor cum creditore, ſeque ei prædium aliquod in ſolutum daturum pollicetur. Tradit deinde etiam prædium, & apocham pleniſſimæ ſecuritatis a creditore accipit. Interiectis aliquot annis creditor comperit,

perit, prædium integrum ſibi traditum non fuiſſe ſed partem eius, ſeu, ut vulgo loquuntur, pertinentiam, a debitore retentam. Vindicat ergo hanc partem. Opponit debitor exceptionem apochæ generalis. Sed reiecerunt eam ICti Helmſtadienſes menſe Iunio anni cIↄ Iↄ ccxvi. Hat der Graf zu Maderno das Dorf Formian zu dem Amte Athenburg geschlagen. Als nun der Fürſt zu Tuſculo von dem Grafen zu Maderno 20000 Thaler gefodert, ſo hat der Graf anno 1687. in einem per averſionem, und im Tauſch aufgerichteten Vergleiche unter andern das Amt Athenburg, nebſt allen deſſen Zubehörungen, an den Fürſten zu Tuſculo, welcher in einer dagegen ausgeſtellten Quitung wegen der 20000 Thaler nunmehr völlig befriediget zu ſeyn bekennet, und den Grafen zu Maderno alles weitern Anſpruches erlaſſen, cediret und übertragen, gleichwol mehr nicht, als die Dörfer Loderan und Florena, übergeben, das Dorf Formian aber zurück behalten. Entſtehet demnach die Frage, ob nicht der Fürſt, der von dem Grafen übergebenen Specification, darauf getroffenen Vergleichs und ausgeſtellten Quitung ungeachtet, berechtiget ſey, das Dorf Formian, als ein Pertinenz-Stück, cum fructibus perceptis und percipiendis zu vindiciren? Ob nun wol auf Seiten des Grafens vorgewendet werden möchte, es ſey der Fürſt bey der Exſequution des Vergleichs und Uebergabe des Amts Athenburg mit den Dörfern Loderan und Florena zufrieden geweſen, ohne den geringſten Anſpruch an Formian zu machen, und wäre in der von dem Fürſten ausgeſtellten Quitung die deutliche Erklärung geſchehen, daß er nunmehr wegen ſeiner von dem Grafen prætendirten 20000 Thaler völlig befriediget, alſo von demſelben eo nomine weiter nichts, unter was prætext und Vorwand es auch ſeyn möchte, prætendiren, ſondern gedachtem Grafen alle übrige Güter, Pertinentien, Intraden, Rechte und Gerechtigkeiten ungeſchmälert laſſen wolle; Dieſemnach es das Anſehen gewinnet, ob ſey der Fürſt zu Tuſculo, viel

Digitized by Google

viel besagtes Dorf Formian als ein Pertinenz-Stück in Anspruch zu nehmen, nicht befugt. Alldieweil aber der Fürst durch Annehmung der Dörfer Loderan und Florena, da er von der eigentlichen Beschaffenheit des Dorfs Formian nicht informiret, sondern deshalben in errore gewesen, ihm nicht præiudiciret, hiernächst alle Vergleiche und Quitungen, sie mögen so generaliter eingerichtet seyn, als sie wollen, gleichwol stricte erkläret, und auf diejenige Foderung, von welcher der Aussteller der Quitung zu selbiger Zeit nichts gewust, nicht gezogen werden müssen, wie denn ohnedes die Rechte demjenigen, so aus Irrthum über die ganze Summa quitiret, den Rückstand nichts destoweniger zu fodern vergönnen; So halten wir dafür, es sey der Fürst zu Tusculo, der von dem Grafen zu Maderno gemachten Einwürfe ungeachtet, das Dorf Formian, als ein Pertinenz-Stück des Amtes Athenburg, cum fructibus perceptis & percipiendis zu vindiciren, wohl berechtiget.

IV.

Exceptiones non numeratæ pecuniæ & aliæ contra apocham post triginta etiam dies admittuntur.

V.

Sed probandæ sunt ab excipiente.

VI.

Quæ probatio etiam artificialiter per coniecturas recte fit.

VII.

Etiam semiplena probatio ad effectum iurisiurandi suppletorii admittitur.

Equidem Iustinianus in *L.* 14. §. 2. C. *de non numerata pecunia* constituit, *intra triginta tantummodo dies, post securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratæ pecuniæ posse obiici: ut, si hi transacti fuerint, eadem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur: nec ei liceat,* qui

qui securitatem exposuit, post excussum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere. Verum hæc constitutio, etsi generalibus verbis concepta, si tamen generaliter accipiatur, durissima est. Igitur ex æquitate per usum fori ad eam solam exceptionem non numeratæ pecuniæ restringitur, quæ singulari privilegio munita est, ut scilicet non ab excipiente probanda sit, sed onus probandi in adversarium transferat. Si quis ergo post XXX dies hanc exceptionem obiiciat, ipseque probandi onus subire paratus sit, audiendus est. Qua de re vide *Bergeri Oeconomiam iuris pag.* 634. & *Specimen nostrum CXXXII. de Contractu chirographario medit. ult.* Quod autem in exceptione non numeratæ pecuniæ locum habet, hoc longe magis in aliis exceptionibus admittendum est, ut scilicet hæ etiam post XXX dies admittantur, si excipiens probationes offerat. Sed istas tamen probationes difficiles maxime esse, ipse fateor. Testes hic & instrumenta liquida raro haberi possunt. Ergo plerumque ad argumenta artificialia, indicia nempe & coniecturas, confugiendum est, quæ, uti in aliis gravissimis etiam caussis admittuntur, *L.* 19. *C. de Rei vindicatione, c.* 27. *X. de Testibus*, nec hic excludi poterunt, atque aliquando etiam iuriiurando suppletorio locum faciunt. Sic responderunt ICti Helmstadienses mense Ianuario anni CIↃIↃCCXXIV: Hat der Gräfliche Amtmann zu Moderna, Emilius, in der von ihm letzt übergebenen Specification seiner gezahlten Pacht-Gelder 700 Thaler mehr, als der Cammer-Præsident würklich erhalten, angegeben, und sich, alle Posten vermittelst Quitungen zu belegen, erboten. Entstehet demnach anfänglich die Frage: Ob gedachten Cammer-Præsidenten die Quitungen, welche ihm zu Bestärkung der zu viel angesetzten 700 Reichsthaler bey einer Commission vorgeleget werden möchten, zu recognosciren

sciren schuldig sey. Nun sehen wir zwar nicht, unter was Vorwand der Cammer-Præsident sich solche Quitungen zu recognosciren entbrechen könne, da ein jeder, dem seine eigenhändige Schrift vorgeleget wird, darzu verbunden, und weiter nichts, als die ihm dagegen zustehende exceptiones der Recognition anzuhängen berechtiget ist. Auch scheinen die exceptiones, deren der Cammer-Præsident sich zu bedienen vermeynet, da sie theils altioris indaginis seynd, und weitern Beweis erfodern möchten, theils in blossen Muthmassungen bestehen, gegen klare Briefe keine statt zu finden. Alldieweil aber der Cammer-Præsident die drey Quitungen vom 2ten und 14ten Merz und 22ten May 1721. worauf es allhier hauptsächlich ankommt, für ein duplicatum, und, daß er die beyden erstere auf 400 und 300 lautende anfänglich ad interim ausgestellet, nachgehends in der letztern zusammen gezogen, und diese überhaupt auf 700 Thaler gerichtet, angiebt, mithin solchen Quitungen die Exceptio duplicati, oder, wie sie nach den Römischen Rechten genennet werden möchte, indebiti & erroris, im Wege stehet, hiernächst gedachte Exception keinesweges altioris indaginis ist, oder in ungewissen Muthmassungen beruhet, sondern bey genauerer Einsicht der Quitungen selbst und der von Emiliussen eigenhändig geschriebenen in copia beyliegenden Briefe deutlich in die Augen fället, gestalt die letztere über 700 Thaler lautende Quitung, welche der Amtmann auf das folgende Trinitatis-Quartal ziehen will, einige Wochen vorher, ehe das Trinitatis-Quartal fällig gewesen, gefertiget worden; dergleichen Anticipation bey diesem Trinitatis-Quartal nicht vorgegangen seyn kann, da der Amtmann in seinen unterschiedenen Schreiben, und sogar in denenjenigen, welche er an den Herren Grafen abgelassen, sich dergestalt erkläret, daß der Termin Trinitatis unmöglich bezahlet gewesen seyn kann, wie solches aus gedachten Briefen klar zu ersehen, wogegen der Amtmann sich mit keinem Irrthum schützen kann, indem nicht zu vermuthen, daß er sein eigenes factum in so kurzer Zeit

vergessen haben sollte, gestalt auch der Einwurf, ob finde nach 30 Tage Ablauf kein weiterer Beweis oder Eydes-Delation gegen eine Quitung statt, allhier nicht in Betrachtung kommt, da die Frage anjetzo nicht von der exceptione non numeratæ pecuniæ, wovon der *L.* 14. §. 2. *C. de non numerata pecunia* eigentlich handelt, sondern von einer ganz andern ist, überdies die Exceptio non numeratæ pecuniæ wider eine Quitung selbst alsdenn, wenn der Excipient die nicht geschehene Zahlung deutlich vor Augen legen kann, der Billigkeit und eingeführten praxi nach zugelassen wird; So kann der Gräfliche Cammer-Præsident die ihm vorzulegende Quitungen zwar recognosciren, denenselben aber gleich die obangeführte exceptiones entgegen setzen, und sich zu deren Bestärkung sowohl auf die Inspection der Quitungen selbst, als auf die Briefe des Amtmanns, ingleichen auf die andere in dem Bericht-Schreiben angezogene Argumenta berufen. Wird zweytens zu wissen verlanget, ob der Cammer-Præsident dieses seines Vorgebens halber zu dem Erfüllungs-Eyde zu lassen sey. Nun scheinet ihm zwar im Wege zu stehen, daß nach den gemeinen Regeln der Rechtslehrer bey schlechten præsumtionibus hominis, vide *Mevium P.* 5. *Decis.* 281. der Erfüllungs-Eyd keine statt finde, ingleichen, daß in dubio eher auf den Reinigungs- als Erfüllungs-Eyd gesprochen werden müßte. Alldieweil aber die Rechte in *cap.* 36. §. 1. *X. de Iureiurando* dem Richter anheim stellen, den Erfüllungs-Eyd nach Beschaffenheit der Personen und Umstände, auch bey vorhandenen blossen præsumtionibus, nach Belieben zu erkennen, und denn dieses arbitrium durch ungegründete limitationes nicht eingeschränket werden muß, *Leyser in Specim.* 141. *ad π. de Iureiurando suppletorio medit.* 1. nächstdem die bey voriger Frage angeführte Umstände eine viel stärkere Vermuthung vor dem Cammer-Præsidenten als dem Amtmanne erwecken, in welchem Fall der Erfüllungs-Eyd dem Reinigungs-Eyde vorgezogen werden muß; So wäre der Cammer-Præsident, im

im Fall die von uns bey der ersten Frage ausgeführte rationes vor keinen völligen Beweis geachtet werden sollten, allerdinges zum Erfüllungs-Eyde zu lassen.

VIII.

Ex trium cohaerentium annorum apochis solutio superiorum temporum præsumitur.

IX.

Quae præsumtio non in publicis solum, sed & privatis,

X.

Quin etiam in personalibus debitis locum habet.

Frequens est in foro mentio *legis* 3. *C. de Apochis publicis*, in qua ei, a quo probatio tributoriæ solutionis exposcitur, si trium cohærentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit, necessitas superiorum temporum apochas ostendendi remittitur, ipseque de præterito ad illationem functionis tributoriæ coerceri vetatur. Eius legis in debitis publicis usum nemo, quod sciam, negat, sed negant multi, eam ad debita privata trahi posse. Quibus iam diu accurate respondit *Finckelthaus observat.* 114. Nec dubito, hanc extensionem legis, quæ in ipsa æquitate & recta ratione fundata est, & argumentum a maiore ad minus continet, probare. Comprobant eandem ICti Helmstadienses, atque ita mense Iunio anni cIↃ IↃCCXVII. iudicarunt ex his rationibus: Es fodert Kläger annoch von anno 1708. her 70 Thlr. 3 gr. 4 pf. Beklagter schützet dagegen vor, es sey zu vermuthen, daß dieser Rest nach der Zeit abgeführet worden, da über die Pensiones der folgenden Jahre richtige Quitungen vorhanden. Nun ist allerdinges die rechtliche Vermuthung, daß, wenn die Quitungen dreyer hinter einander folgenden Jahre produciret werden, auch die von den vorhergehenden Jahren ausgestellet, aber wegen Länge der Zeit verloren worden, *L.* 3. *C. de*

 Apochis

Apochis publicis, wie auch in der natürlichen Billigkeit gegründet. Diesemnach haben wir Beklagten von dieser Foderung los gesprochen. Lis, quam tunc deciderunt ICti, de usuris debiti cuiusdam personalis erat. Et propterea novum illis dubium *Mynsingerus* movebat, qui in *centuria* 5. *observ.* 39. extensionem legis ad debita privata admittit quidem, sed *n.* 6. hanc limitationem ex Baldo addit: *Obtinet regula in debito proveniente occasione rei: secus est in debito mere personali.* Sed non video rationem, ob quam in debitis personalibus secus iudicandum sit; omnia hic eadem sunt, quae in debitis realibus. Ergo eundem in modum utrobique iudicandum est.

XI.

Deficientibus licet apochis, si solutio trium cohaerentium annorum alio modo probetur, solutio antecedentium annorum tamen praesumitur.

XII.

Nec nocet praesumtioni huic, quod solutio quotannis difformiter facta fuit.

Novam in facto circa *L.* 3. *C. de Apochis publicis* motam litem recordor. Colonus praedii ecclesiastici a sacro aerario praefectis ad solvendas aliquot annorum diu praeteritorum pensiones conveniebatur. Is apochas nullas plane habebat, sed libros rationum super templi reditibus sibi edi poscebat. Nec detrectabant praefecti editionem. In his itaque libris praescriptum erat, colonum pensiones multorum sequentium annorum, sed difformiter quotannis, modo scilicet quinque, nunc quatuor, iterum duos modios frumenti, praestitisse. Hinc igitur colonus arguebat praestationem superiorum quoque temporum, & ad *legem nostram* 3. provocabat. Negabant templi antistites, legi isti hic locum esse, quod & ea de apochis, quae nullae proferrentur, ageret, & pensiones, de quarum solutione ex libris ratio-

rationum constabat, magnopere variassent. Verum neutra ratio ICtos Helmstadienses movit. Etsi enim apochæ deficerent, harum tamen vicem abunde supplebat confessio ipsorum templi antistitum in rationum libris præscripta. Neque credibile est, auctorem *legis* 3. etsi de solis apochis loquatur, probationes alias excludere voluisse. Nec difformitas præstationum colono nocebat. Illa quippe variatio sine dubio ex iustis caussis profecta erat, quæ in præsens non apparebat. Apparebat saltem, templo quotannis satisfactum fuisse, id quod ad præsumtionem inducendam sufficiebat. Itaque sic mense Iunio anni cIↃ IↃ CC XXVII. responsum fuit: **Was die Frage betrift, ob und wie weit allenfalls Ellendag die alte Reste seiner Vorfahren abzuführen verbunden sey, so ist nicht wahrscheinlich, daß die vorigen Besitzer noch etwas schuldig verblieben, da von richtiger Abführung der in letzten Jahren fälligen Zinsen sich Nachricht findet, also, daß auch die vorige** Pensiones **abgeführet worden, vermuthet wird, dawider denn nichts thut, daß besage der Kirchen-Register bald 5, bald 4, bald 2 Scheffel einkommen, indem diese** Difformitas pensionum **aus andern Ursachen, etwa** ex remissione ob sterilitatem, **herrühren kann.**

XIII.

Debitor, cui trium cohærentium annorum pensiones sine mentione præteritorum remissæ fuerunt, de anterioribus quoque annis satisfecisse præsumitur.

XIV.

Præsumtioni huic non obstat, quod solutio trium annorum uno tempore facta & una apocha comprehensa sit.

Succedit alia ex facto circa sæpe memoratam *L.* 3. *C. de Apochis publicis* controversia. Creditor usuras anni 1710. a debitore petebat. Debitor schedam creditoris profert, in qua usuræ annorum 1711. 1712 & 1713. remissæ fuerant, atque inde, creditori etiam de anno 1710. satisfactum fuis-

se, arguebat. Negabat creditor, *L. 3. C. de Apochis publicis*, in qua non de donatione & remissione, sed de solutione sermo sit, huc trahi posse. Opponebat deinde auctoritatem *Mynsingeri cent. 5. observ. 39. n. 5.* & *Finckelthausii Obs. 115. n. 18.* qui negant, præsumtioni locum esse, si pensiones trium annorum uno die solutæ sint, atque una saltem super iis apocha data sit. Verum nec hæ obiectiones applicationem *legis nostræ 3.* morantur. Vera eius legis ratio in hoc consistit, quod creditor, cui de tribus cohærentibus annis satisfit, si quid adhuc ipsi ex præteritis annis debeatur, non credatur tam negligens esse, ut simpliciter sibi de his annis satisfactum confiteatur, nec reliquorum antiquiorum ullam mentionem faciat. Quæ ratio eadem est, etsi pensiones trium annorum non solutæ, sed remissæ & donatæ fuerint. Nec captanda est vox *solutionis*. Sæpe enim in iure nostro solutionis verbo omnis satisfactio comprehenditur, *L. 176. de Verborum signif.* etiam acceptilatio, quæ nihil aliud quam remissio est, & imaginaria solutio in §. 1. *I. Quibus modis tollitur obligatio* dicitur. Nec unitas apochæ debitori obstabat, quum in effectu nihil intersit, creditor, sibi de tribus annis satisfactum esse, successive an simul fateatur. Sic mense Iunio anni cIɔ Iɔ ccxxvII. iudicarunt ICti Helmstadienses ex his rationibus: Der zweyte Post betrift das Interesse der 10000 Thaler vom Jahre 1710. bis 1711. Nun scheinet es zwar; ob müsten Beklagte diese allerdinges bezahlen, nachdem sie keine Quitung aufweisen können. Allein die Remission der Zinsen von den 3 folgenden Jahren kommt ihnen zu statten. Denn die Rechte verordnen klar, daß, wenn ein Schuldener dreyer hinter einander folgender Jahre halber quitiret worden, die pensiones der vorhergehenden Jahre gleicher Gestalt vor abgeführet zu achten seynd, welches, da es in functionibus publicis und tributis also obtiniret, vielmehr in Privat-Schulden statt findet. Und gewiß, man kann sich keine Ursach einbilden, welche den Amtmann

mann Voigt bewogen habe, seinem Bruder die Zinsen dreyer folgenden Jahre zu erlassen, und sich die von einem vorhergehenden Jahre rückständige zu reserviren, ohne deren die geringste Meldung zu thun. Diesemnach haben wir Beklagte von solchen 500 Thalern losgesprochen.

XV.

Apochæ plurium non cohærentium annorum aliquam præsumtionem solutionis in præteritum factæ inducunt.

XVI.

Sed hæc præsumtio infirmior est, atque hoc solum operatur, ut creditor ad iusiurandum, se in præteritum nihil accepisse, adigatur.

Præsumtio ista iuris, quæ ex trium cohærentium annorum apochis oritur, tam firma est, ut sufficiat ad debitorem ratione præteriti plene absolvendum. Sed accidit nonnunquam, ut apochæ quidem plures, verum diversorum non cohærentium annorum, proferantur. Negari nequit, ex his etiam aliquam solutionis in præteritum factæ præsumtionem oriri. Neque enim verisimile est, creditorem, qui præteritas pensiones nondum accepit, sequentes sine contradictione & reservatione recepisse. At hæc præsumtio hominis saltem, non legis, atque adeo paulo infirmior est. Id tamen operatur, ut creditor ad iusiurandum, se nihil de præterito accepisse, adigi queat, arg. *c. ult.* §. 1. *X. de Iureiurando*. Et sic responderunt ICti Vitembergenses mense Septembri anni clↃ Ↄ CCIX. Entstehet die Frage, von welcher Zeit an die wiederkäufliche Zinsen zu rechnen, und dem Haugwitzischen Cessionario zu passiren seynd. Ob nun wol die Creditores zusammt dem Curatore litis solche entweder nur von anno 1694. an gestatten wollen, und sich deshalben auf die Quitung sub E. worinnen Johann Deutschmann selbst bekennet, daß er von solchen 1200. Gulden wiederkäuflichen Haupt-Stamm die an Michael 1694 fällige Zinsen von der Besitzerin des Guths Glaubitz erhalten,

halten, und die vorhergehende ihm nicht reserviret, beziehen, in Ansehung, daß ex solutione posterioris auch die solutio prioris zu præsumiren, oder aber, daß die Anrechnung nicht weiter, als vom 1689sten Jahre geschehen könne, da in der Quitung sub D. die Haugwitzin selbst, daß sie wegen des 1689sten Jahrs vergnüget worden, ohne einige Vorbehaltung bekennet; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob sey Johann Deutschmann die wiederkäuflichen Zinsen nur von 1694. oder 1689. an zu fodern berechtiget. Dennoch aber und dieweil *lex 3. C. de Apoch. publ.* ohngeachtet selbiger von den bewährtesten Rechts-Lehrern auch auf die debita und Quitungen der Privat-Personen gezogen wird, nur in dem Fall, wenn 3 Quitungen über 3 unmittelbar auf einander folgende Jahre vorhanden, die rechtliche Vermuthung, daß auch die vorhergehende Zinsen und Gefälle bezahlet, erwachsen läst, demnach auf einzelne Quitungen, dergleichen hier de anno 1685. und 1694. befindlich, nicht zu erstrecken ist; So ist der Haugwitzische Cessionarius, im Fall er die gleichwol gegen ihn aus der Creditorum Anführen entstehende Vermuthungen durch das iuramentum suppletorium credulitatis abzulehnen vermöchte, die wiederkäufliche Zinsen nicht nur von dem 1669sten, sondern auch von den vorhergehenden Jahren, so viel durch richtige Quitungen nicht gemindert werden mag, zu fodern berechtiget.

XVII.

Quando apochæ super præstationibus annuis datæ invicem discrepant, posteriores ex antiquioribus explicandæ sunt.

Accidit sæpiuscule, ut apochæ super præstationibus annuis dari solitæ dissimiliter sint confectæ, ac non solum præstationes diversis nominibus appellentur, sed & circa sortem ipsam varietas quædam observetur. Multas hæc dissimilitudo parit lites, in quibus decidendis eadem regula sequenda est, quam ICti passim, in *L. 8. pr. Mandati, L. 1. §. 13. Depositi, & L. 12. Ad S. C. Macedon.* præscribunt, ut initium negotii spectetur. Trahendum huc est scilicet ob similitudinem

dinem rationis, quod *Hornius in Iurispr. feud. c.* I. §. 37. *Struv. in Syntagm. iuris feud. c.* I. §. II. *n.* 3. & alii iuris feudalis doctores præcipiunt: *Si plures*, inquientes, *tabulæ investiturarum exstant, quæ inter se differunt, ad primam potissimum, tanquam basin & fundamentum, est respiciendum, quum non temere mutatio præsumatur, nisi apertissime de voluntate constet.* Nullibi hæc controversia est frequentior, quam, si de qualitate prædii, ex quo quotannis certus canon præstatur, litigatur, & quæstio ventilatur, sitne prædium emphyteuticum, censiticum, feudale, locatum &c. Proferuntur tunc apochæ, quæ canonem istum modo Erben-Zins, modo Laaß-Zins, modo Meyer-Zins, modo Lehn-Geld, modo Pacht, modo simpliciter Zins appellant. Inextricabilis hæc lis erit, nisi ad regulam supra memoratam recurras. Iudicarunt secundum eam ICti Helmstadienses mense Iunio anni clↃ Iↄ cc xx v: Daß Beklagte bey dem Meyer-Contracte zu schützen und von angestellter Klage zu entbinden seynd. V. R. W. Rat. dec. Beklagte sollen das in Besitz habende Land abtreten, und schützen sich dagegen mit dem ihnen daran zustehenden Meyer-Rechte. Nun ist es eine ausgemachte Sache, und zeigen es die alten von Beklagten producirten Briefe, ja die von Intervenienten selbst ad acta gelegte Fürstliche Rescripta klar, daß das streitige Land von Anfang Meyer-Land gewesen, und von dem Closter selbst dafür gehalten worden. Also kömmt der Streit lediglich auf die Frage an, ob vielgedachtes Land dadurch, daß in den letzten Briefen statt des Worts Meyer Pacht gesetzet worden, aufgehöret Meyer-Land zu seyn. Das Stift will solches daher behaupten, daß der Beklagte diese geänderten Briefe angenommen, und, daß der letzte Contract jederzeit den ältern aufhebe. Alldieweil aber bey vorfallenden Zweifeln nicht allemal auf den letzten Contract, sondern vielmehr ad initium negotii zu sehen ist, gestalt nicht leichtlich, daß die Partheyen von dem anfänglichen Negotio gänzlich abgewichen, vermuthet wird; So ist das streitige Land annoch

Meyer-Gut, und mag den Beklagten ohne gnugsame in hiesigen Landes-Gesetzen gegründete Ursachen nicht genommen werden. Idem ICti Vitembergenses mense Maio anni clↃ lↃ ccxxx. fecerunt in casu, quo debitor sortem mille aureorum rhenanorum sibi olim mutuo datam in florenos vulgares mutatam contendebat, exinde, quod in posterioribus apochis omissa vox: rhenanorum; esset: In Sachen Bürgermeistere und Rath der Stadt Hannover, Klägere an einem, wider das Closter Wittenberg, Beklagte andern Theils, erkennet die Canzley zu Hannover rc. daß der Klägere Suchen nicht statt habe, selbige auch alle dadurch verursachte Unkosten zu bezahlen schuldig. V. R. W. Rat. dec. Klägere beschweren sich, daß besagtes Closter bey Empfahung der aus der Stadt-Cämmerey jährlich zu hebenden 25 Thaler Renthe die Quitungen auf den Fuß von 1000 Gold-Gülden Capital richten wolle, da es doch solche bisher nur auf 1000 Gulden gestellet, und das Quantum der Zinsen selbst an den Tag lege, daß das Capital in Marien-Gulden und nicht Gold-Gülden bestehe. Aldieweil aber, nach der von Klägern selbst in ihrem Klag-Schreiben aus Lynckero angeführten Regul, das Capital nur alsdenn, wenn solches ungewiß und zweifelhaft ist, aus dem Quanto der Zinsen determiniret wird, hier hingegen nicht der geringste Zweifel vorhanden, da die von Klägern selbst beygelegte älteste Quitung ausdrücklich auf Rheinische Gulden lautet, und denn nach klarer Verordnung der Reichs-Gesetze in der Münz-Ordnung vom Jahre 1559. §. 66. zwischen Rheinischen und Gold-Gülden kein Unterschied ist, auch alles dasjenige, was von der Gold-Münze daselbst geordnet, bis zu unsern Zeiten in usu geblieben, und die alte Verschreibungen nach dem damal gesetzten Münz-Fusse beurtheilet und bezahlet werden müssen, *Leyser in Dissert. de mutationibus monetæ* §. 11. & 13. hiernächst ganz keine Nothwendigkeit ist, daß das Quantum der Zinse præcise dem Capital a 5 pro Cent gemäß sey, sondern ein Gläubiger auch weniger nehmen kann, und in dem Fall, da er solches etliche Jahr hinter einander thut, sich zwar

der

der Zinsen halber præiudiciret, *L.* 5. *C. de usuris*, gleichwol dadurch sein altes Capital nicht verringert; *Berger in Oecon. Iur. pag.* 785. *not.* 2. so haben wir, immassen in unserem Urthel enthalten, billig erkannt.

SPECIMEN DXXXI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. XLVI. TIT. III.

DE

DATIONE IN SOLVTVM.

I.

Beneficium dationis in solutum omnibus debitoribus prodest.

Inter beneficia, quibus iura nostra debitores obæratos sublevant, non ultimum est datio in solutum, qua, qui pecuniam non habet, creditori urgenti bona alia offert. Beneficium illud non commentum saltem iuris romani, sed in ipsa æquitate fundatum est, & recentioribus quoque & Saxonicis iuribus convenit. Vide *Recessum imperii de anno* 1654. §. 172. & *Ordinat. proc. sax. elect. tit.* 39. §. 18. Beneficium hoc in memoratis locis, nec non in *Novella* 4. *c.* 3. & *Auth. Hoc nisi C. de Solutionibus*, generaliter debitoribus omnibus tribuitur. Porro leges, quas memoravi, creditorem invitum, ut in solutum oblata accipiat, obligant. Igitur ICti celebres, quibus & ego adsentio, apud *Martini in Analectis forensibus tit.* 39. §. 18. *n.* 1. 2. ab hoc beneficio debitorem nullum, ne eum quidem, qui ex iureiurando vel re iudicata debet, excludunt. Quin imo *Koeppen decisione* 55. *n.* 22. debitorem per dationem in solutum a custodia & carcere liberari testatur.

Digitized by Google

II.

Debitor tamen cambialis per dationem in solutum a rigore cambii non liberatur.

Istæ, quas modo attuli, rationes me, ut dationis in solutum beneficium in debitis cambialibus admittam, non movent. Nam vere illud cum natura iuris cambialis & intentione legum cambialium pugnat. Cambia scilicet illud sunt in commerciis, quod circulatio sanguinis in corpore humano. Sicuti corpus per circulationem sustinetur, & ea interrupta languet atque corrumpitur, ita nec commercia, si circulationem cambiorum demas, florere poterunt. Itaque cambia instar pecuniæ numeratæ esse debent, &, qui cambium possidet, non minus securus sit oportet, quam si numos ipsos haberet. At, si debitori cambiali dationem in solutum permittas, præcipua cambiorum utilitas concidet, desinentque illa vicem paratæ pecuniæ habere. Accedit aliud longe gravius argumentum. Cambiorum indoles exceptiones omnes, nisi liquidissimæ sint, respuit. Exceptio vero dationis in solutum liquida dici nullo modo potest, sed diligentiorem caussæ cognitionem & moram longiorem desiderat. Scilicet debitor primum probare, se pecunia numerata destitui, deinde res suas omnes accurate designare & creditori electionem permittere, postea de evictione præstanda idonee cavere debet; quo facto iudex bona oblata æstimat, &, num quis emtor inveniri queat, circumspicit, ac, nemine comparente, dominium tandem creditori adiudicat. Hæc omnia enim in datione in solutum observanda esse, ICti perhibent, quos vide apud *Martini in Processu tit.* 39. §. 18. *n.* 5. At, qui morem iudiciorum nostrorum novit, fatebitur facile, eum non unius diei sed plurium mensium laborem esse, atque adeo promtæ cambiorum exsequutioni omnino contrariari. Denique eadem fere ratio est dationis in solutum, quæ cessionis bonorum. Cessionis vero

vero bonorum beneficium debitori cambiali, licet fortunæ iniuria in paupertatem inciderit, denegatur, testibus *Barthio in hodeget. forens. cap.* 3. §. 28. *not. a. pag.* 660. & *Franckio in Institut. iur. camb. lib.* 2. *sect.* 5. *tit.* 1. §. 8. Secundum sententiam negantem ICti Lipsienses mense Septembri anni clↄ Iↄ cc XXII. an Christian Ludewig Groitschen zu Plauen responderunt: Habt ihr Christ. Adolph Sultzbergern das Guth Hartmannsgrün abgekaufet, und über das Kauf-Pretium, als ihr zur Zahlungs-Zeit dasselbe nicht aufbringen können, Wechsel-Briefe ausgestellet, auch, da ihr mit der Bezahlung aufzukommen noch nicht vermögend gewesen, Verkäufern das Guth hinwiederum abzutreten, daneben die Zinsen von den Kauf-Geldern, und, so viel das Guth erweislich verschlimmert worden, zu bezahlen offeriret. Es will aber Verkäufer solches nicht annehmen, sondern nach Wechsel-Rechte mit euch verfahren, und wollet ihr belehret seyn, ob ihr durch dieses Anerbieten euch von der Schärfe des Wechsel-Rechtes nicht befreyen möget, und Sultzberger das Erbieten einzugehen gehalten sey. Ob ihr nun wol, daß ihr nicht gefährlicher Weise, sondern aus Mangel der baaren Mittel solches Anerbieten gethan, endlich zu erhalten euch erkläret, und, daß Verkäufer die Lehn an dem Guthe noch nicht aufgelassen, und dahero auf gewisse Maasse selbst annoch pro possessore zu halten wäre, ihr auch kein baares Geld, darüber ihr doch die Wechsel-Briefe ausgestellet, empfangen hättet, anführet, und, wenn ihr mit Abtretung des Guthes zugleich die Zinsen vom Kauf-Pretio, und den in dem determinirten Guthe erweislichen Schaden gut thun wollet, der Creditor keinen Schaden litte, folglich nach der bekannten Rechts-Regel, was niemanden zum Nachtheil, dem andern aber zum Nutzen gereichen kann, gar leicht und ohne Widerspruch zuzustehen wäre: Dennoch aber und dieweil wider Willen des Creditoris ein anderes, als in der Obligation begriffen, nicht præstiret und erleget werden kann, und der Schuldner durch Uebergebung und Cedirung gewisser Dinge von der Verbindlichkeit der baaren Zahlung nur alsdenn sich loswürket, wenn sein Gläu-

biger damit zufrieden, anderer Gestalt es der Natur und Eigenschaft der Obligation zuwider, und der daraus erwachsenen Action und remedio iuris nicht gemäß, wenn dasjenige nicht abgeführet wird, was der Debitor schuldig und gefodert wird, und ihr aus dem Kauf- und ausgestellten Wechsel-Briefe keinesweges zur Wiederabtretung des Guths, sondern zu Erlegung der Kauf-Summe gehalten seyd, auch vermittelst des Guthes Hartmannsgrün, welches euch übergeben worden, die valutam würklich erhalten, also ein remedium exsequutivum wider euch gebrauchet wird; So könnet ihr durch die anerbotene Abtretung des erkauften Grund-Stückes, auch Bezahlung der Interesse vom Kauf-Pretio, nebst Erstattung der erweislichen Schäden wider Willen eures Creditoris und Verkäufers von der Schärfe des Wechsel-Rechts euch nicht befreyen.

III.

Datio in solutum vera emtio & venditio est.

IV.

Creditor rem, quam a debitore alii iam venditam etsi nondum traditam scit, in solutum accipere nequit.

Dationem in solutum veram emtionem & venditionem esse, ex totius negotii indole & recta ratione satis patet. Accedunt claræ *leges*, scilicet 4. *C. de Evictionibus* & 15. *Quibus ex caussis in possessionem.* Igitur quidquid in iuribus nostris de emtione & venditione constitutum est, hoc omne ad dationem in solutum trahi debet. Exemplis rem illustrabo. Debitor obæratus vendit alicui merces quasdam, sed ante traditionem easdem creditori cuidam suo, solutionem importunius flagitanti, in solutum dat ac vere tradit. Mox foro cedit. Oriuntur ergo inter emtorem mercium, & creditorem, qui easdem in solutum acceperat, lites. Posterior hic recte quidem ad *L.* 15. *C. de Rei vindicat.* provocabat, in qua ex duobus unius rei emtoribus præfertur is, cui prius traditio facta. Sed obstabat ei, quod ipse negare non posset, se tunc, quum merces in solutum acciperet, scivisse, eas iam

iam alteri venditas. Hoc enim eum fraudis, quam venditor rem duobus vendendo committebat, conscium participemque ac adeo beneficiis iurium indignum faciebat, arg. *L.* 10. §. *Quae in fraudem creditorum. Brunnemannus ad L.* 15. *C. de Rei vindicat. n.* 6. Responsum ICtorum Helmstadiensium de hac quaestione vide in *Specimine* CCCCXLV. *de Vera traditione, medit.* 5.

V.

In datione in solutum necesse est, ut res certo pretio aestimata creditori addicatur.

VI.

A datione in solutum differt mandatum, ut creditor rem vendat, atque ex pretio sibi satisfaciat.

VII.

In effectu interest, quod mandatarius rationes reddat, periculum non sustineat, impensas factas repetat, ac lucrum & damnum, si res maioris vel minoris vendatur, mandanti relinquat; quae omnia in datione in solutum secus sunt.

Quoniam, ut dixi, datio in solutum vera venditio est, certum quoque & determinatum pretium seu quantitas in ea interveniat, oportet, arg. §. 1. *I. de Emtione & L.* 9. *C. de Contrahenda emtione.* Addicenda igitur est res certo pretio aestimata creditori, ut datio in solutum dici possit. Si hoc non factum, sed res saltem creditori tradita est, ut eam vendat, atque ex pretio inde redacto suum accipiat, datio in solutum non erit, sed mandatum; inter quae duo multum interest. Qui rem in solutum accipit, dominium eius plene consequitur, periculum, si res pereat, sustinet, damnum, si eam minoris vendat, sentit, vicissim vero & lucrum, si pretium eius augeatur, retinet, *L. penult. C. de Solutionibus.* Quae omnia in mandato secus sunt. Mandatarius,

Digitized by Google

rius, re vendita, rationes mandanti reddit, periculum nullum ſuſtinet, impenſas in venditionem factas ante omnia repetit, ſi rem maioris minorisve, quam ipſi debetur, vendat, hoc lucrum damnumve debitori imputat, atque ipſe ſuum tantum inde ſumit. Opus tamen eſt prudentia, ad diſcernendum utrumque negotium. Nam aliquando, etſi æſtimatio adiiciatur, ex circumſtantiis tamen apparet, partes non dationem in ſolutum & venditionem, ſed ſimplex mandatum celebrare voluiſſe, ac rem tantum taxationis cauſſa æſtimaſſe. Res optime illuſtrabitur reſponſo ICtorum Helmſtadienſium menſe Iulio anni cIↃ IↃ CCXIX. exarato: Hat Cretius dem Caio wegen einer Schuld-Foderung von 13000 Thl. womit jener dieſem verhaftet geweſen, einen Landes-Anweis von 5700 Rthlr. 116 Schock weiſſe Garne zu 2711 Rthlr. und 31 Stück Lücker-Tuch zu 1550 Thlr. angeſchlagen, ingleichen 138 Stück Cron-Raſch übergeben und angewieſen, mit dem Anhange, Caius ſolle ſelbige beſtmöglichſt eintreiben und verkaufen, darüber richtige Rechnung ablegen und den Ueberſchuß herausgeben. Worauf Caius alles mit groſſem Fleiſſe beſorget, den Landes-Anweis eingetrieben, das Garn vor 2089 Thlr. verkauft, das Tuch durch Cretium ſelbſt vor 521 Thlr. verkaufen laſſen, den Cron-Raſch durch Abſchickung einer Eſtaffetta nach Danzig aus den Händen eines andern, welchem Cretius ſolchen auszuliefern befohlen gehabt, gerettet und daraus 1784 Thlr. gelöſet, ſodann die Rechnung verfertiget, und den Ueberſchuß von 976 Thlr. 27 Gr. an des Cretii Gläubiger, den Brutum, bezahlet, womit jedoch dieſer nicht zufrieden iſt, ſondern ein mehres fodert. Entſtehet demnach die Frage, ob dieſes des Bruti Suchen gegründet, und Caius die Garne und Tuche in dem angeſchlagenen Werthe anzunehmen, und die ausgelegte Eſtaffetten-Gelder der 15 Thaler über ſich gehen zu laſſen ſchuldig. Nun ſcheinet zwar wegen der auf ein gewiſſes Geld angeſchlagenen Garne und Tuche eine datio in ſolutum vorgegangen, folglich, da die Rechte dationem

tionem in solutum vor einen Verkauf achten, Caius, ein wahrhafter Käufer, und daher gehalten zu seyn, sich mit dem in der Anweisung bestimmten Preise zu vergnügen, und die bey der darauf geschehenen Verhandelung erlittene Læsion, welche die Hälfte ohnedes nicht erreichet, zu tragen. Gleicher Gestalt wird auch Brutus wegen der Estaffetten-Gelder vorwenden, Caius habe dadurch seinen eigenen Nutzen gesuchet, und könne mithin selbige von niemanden wieder fodern. Bey solcher Bewandniß gewinnet es das Ansehen, ob sey des Bruti Foderung wohl gegründet. Alldieweil aber Caius und Cretius sich gleich Anfangs dergestalt mit einander vereiniget, daß Caius die Waaren bestmöglichst verkaufen, die Landes-Anweisung eintreiben, darüber Rechnung abstatten und den Ueberschuß heraus geben solle, folglich der zwischen ihnen getroffene Handel vor keine schlechte Datio in solutum angesehen werden kann, sondern vielmehr ein Mandatum nebst einer zugleich darinnen enthaltenen Cession ist, und die Aestimation der Tuche und Garne nur taxationis gratia, wie die Rechtslehrer reden, beygefüget worden, damit nemlich Caius wissen könne, wie hoch er gedachte Waaren auszubringen suchen solle, welches aus dem obangeführten Worte bestmöglichst genugsam zu schliessen, endlich die Estaffetten-Gelder nicht dem Caio allein, sondern auch dem Bruto zu statten kommen, als welcher, wenn Caius nicht durch Abschickung der Estaffetta die Cron-Rasche erhalten, keinen Ueberschuß, diesemnach gar nichts zu gewarten gehabt hätte, mithin diese zum gemeinen Nutzen abzielende Kosten dem Caio billig zum voraus lässet, arg. *L. 49. de Negotiis gestis*; So ist Caius dem Cretio oder Bruto ein mehrers, als was die Rechnung besaget, herauszugeben, und die Garne und Tuche nach dem benannten Werthe anzunehmen, nicht schuldig, sondern selbige nach dem Preis, warum er selbst sie theils bestmöglichst angebracht, theils Cretius sie verkaufet, anzusetzen, ingleichen die vorgeschossene Estaffetten-Kosten sich vergüten zu lassen wohl befugt.

VIII.

Creditor, rem in solutum accipiens, hypothecas omnes, etiam extraiudiciales, eidem ante impositas agnoscere debet.

Creditor rem in solutum accipiens emtor est, atque adeo hypothecas rei antea a debitore impositas agnoscere cogitur *L. 4. C. de Evictionibus.* Id quod etiam ad extraiudiciales hypothecas pertinet. Creditor itaque non semper sibi recte consulit, rem in solutum accipiendo, sed melius aliquando facit, si hypothecam publicam sibi stipuletur. Memorabo exemplum: Hedenus creditori suo Henrico agrum in solutum dat, accedente iudicis confirmatione. Postea Otto alius creditor, cui is ager diu ante extraiudicialiter oppignoratus fuerat, actionem hypothecariam instituit. Henricus, si Ottoni satisfaciendum sit, nihil sibi reliquum futurum animadvertens, *legem 11. C. qui potiores in pignore,* in qua creditor, qui instrumentis publice confectis nititur, privato creditori, etsi antiquiori, præponitur, opponit. Et profuisset illi hæc lex, si loco dationis in solutum hypothecam sibi stipulatus fuisset. Quod quum non fecisset, ICti Helmstadienses eum mense Martio anni clɔ Iɔ cc xv. condemnarunt: Daß Beklagter, seines Vorwendens ungeachtet, Klägern die Hedenische Aecker so lange, bis dieselbe ihres libellirten Capitals und der Zinsen halber, vergnüget, abzutreten schudig. V. R. W. Rat. dec. Es kommt bey Entscheidung dieser Sache auf die Frage an, ob Beklagter durch den mit Hedeno geschlossenen und dem Stadt-Buche einverleibten Contract ein Vorrecht vor Klägern erhalten. Nun gewinnet es das Ansehen, ob sey der Klägere Hypothec des Beklagtens seiner dem Stadt-Buche einverleibten Foderung nachzusetzen, da nach den gemeinen Rechten hypotheca publica einer privatæ vorgehet: Alldieweil aber der von Beklagten mit dem Lieutenant Hedeno eingegangene und dem Stadt-Buche einverleibte Contract keine Verpfändung, sondern eine datio in solutum ist, welche eigentlich vor einen Kauf zu achten, also das Eigenthum der Sachen, salvis oneribus & hypothecis antea constitutis, auf den accipientem transferiret; So seynd wir Beklagten secundum naturam institutæ actionis hypothecariæ zu condemniren bewogen worden.

S. D. G.

INDEX

Digitized by Google

INDEX RERUM
IN VOLUMEN VII.

A.

Absens.

Absenti negligentia colonorum, servorum, procuratorum, hominum propriorum nocet. pag. 150

Absens dici nequit, qui in eadem provincia, licet sub diverso iudice, vivit. 151

An absens reipublicae caussa contra subhastationem restitutionem in integrum petere possit? 459

Acceptatio.

Ad acceptationem solum silentium non sufficit. 828

Acceptatio, a tertio nomine absentis, facta, acceptanti quidem ius dat, ut promissio, invito illo, revocari nequeat; acceptans tamen, invito eo, cuius nomine acceptavit, obligationem remittere potest. ibid.

Acceptatio novi instrumenti.

Tunc novationem inducit, quando prius chirographum simul restituitur, aut laceratur. 903

Accusatio.

Potest in accusationibus iudex, spreta accusatoris petitione, poenam, quam lubet, decernere. 357

Acta.

A iudice ante inrotulationem compleri, atque iisdem omnia, quae ad decisionem caussae, etiam indirecte, pertinent, si una pars hoc desideret, addi debent, quo neglecto, sententia nulla est. 284

Actio.

Quaenam requirantur, ut actio pro derelicta sit habenda. 61

Actiones, quibus feudum vindicatur, ad curiam feudalem, non ad forum concursus pertinent. 480

Ex negotio, in quo uterque dolose versatus est, non datur. 807

Actio alternativa.

Quomodo in actione alternativa sit pronunciandum? 329

Actio depositi.

Praescriptioni obnoxia est, si de initio contractus certo non constet. 244

Actio ex L. ult. C. de Edict. D. Adrian. toll.

Vtrum sit exsequutiva, an summaria? pag. 641

Tunc locum non habet, quum legitimus contradictor adest 642

Actioni ex *l. ult. C. de Edict. D. Adrian. toll.* inprimis obstat exceptio vitii visibilis. 643

Actio ex sponsu.

Quænam dicatur? 343. sq.

Ad quid detur? 344

Quomodo in actione ex sponsu a iudice sit pronunciandum? 345. sq.

Actio finium regundorum.

Actioni finium regundorum nullo, ne quidem immemoriali, tempore præscribitur. 153

Actio funeraria.

In actione funeraria contra heredes multæ impensæ admittuntur, quæ in concursu creditorum repelluntur. 504

Actio hypothecaria.

Pertinet ad forum concursus cognitio de actionibus hypothecariis, ratione feudi competentibus. 480

An, & in quibus ab interdicto Salviano differat; & an huius differentiæ aliquis in foro nostro sit usus? 762

Actio iniuriarum.

An in actione iniuriarum a libello & petitione actoris iudex recedere possit? 356

Actio litigiosa.

Is, in quem actio vel res litigiosa transfertur, nullo privilegio iuvatur, sed simpliciter iure transferentis utitur. 825

Actio pignoratitia.

Præscriptioni est obnoxia; Cessat tamen præscriptio tunc, quum de initio contractus certo constat. 244

Actio privatoria.

In actione privatoria emphyteuseos sæpe utriusque partis petitiones negliguntur. 350

In actione privatoria feudi quoque sæpe iudex idem facit. 354

Actio pro dote repetenda.

Quomodo in actione pro dote repetenda a iudice pronunciari debeat? 337

Actio rei iudicatæ.

Ex simili caussa agendi contra tertium non nascitur. 389

Actio spolii.

Melior est interdicto unde vi, quod & contra tertium possessorem, & contra magistratum, aliasque personas, quibus reverentia debetur, detur. 692

Famosa non est. 693

Qui de spolio agit, circumstantias loci, temporis &c. in libello exprimere, necesse non habet. ibid.

Ad processum possessorium summariissimum non pertinet. 694

Ab actione spolii non liberat spoliantem iudicis auctoritas, sine caussæ

caussæ cognitione interposita. pag. 705

Actor.

A iudice condemnari potest. 358

Actus.

Actus, ex familiaritate gesti, possessionem non inducunt; probata tamen familiaritate, actus non præsumitur ex familiaritate gestus, sed hoc ipsum etiam probari oportet. 125

Adiudicatio.

Peracta subhastatione, & reperto meliore emtore, non statim facienda, sed novus ei dies præfigendus est. 451

In die adiudicationis nova licitatio, etsi pinguissima, non admittitur. ibid.

Admittuntur tamen illi, qui ius protimeseos, vel retractus habent. ibid.

Sed nec hi audiuntur, quando ius eorum maxime illiquidum est. ibid.

Adprehensio compossessionis.

Spolium est. 681

Adsignare actionem.

Quid sit, & quomodo a delegatione, venditione & cessione actionum differat? 906

Adulterium.

Adulterium & incestus separatim quinquennio, coniunctim vicennio excluduntur. 798

Aedes.

Aedes suas altius tollere, & ad cælum usque ædificare, iure naturæ est res meræ facultatis, sed non iure Romano. 241

Iure Romano nemo potest cum incommodo vicinorum veterem ædium suarum formam mutare, aut easdem ultra consuetam aliis altitudinem tollere. ibid.

Aedificatio, vel Aedificans in solo alieno.

Is, in cuius solo ædificatum fuit, indistincte obligatur, in quantum locupletior factus est. 88

Etiam is, qui bona fide in alieno fundo ædificat, nihil ultra id, in quo dominus locupletior factus est, consequitur. ibid.

Excipiuntur possessor hereditatis, creditor pignoratitius, & maritus quod ad rem dotalem. ib.

Is, qui, domino prohibente, ædificat in solo alieno, necessarias quidem, sed non utiles, nec voluptuarias impensas recuperat. 91

Censetur domino prohibente ædificare is, qui summam impensarum, sibi a domino præscriptam, excedit. ibid.

Qui in solo publico ædificat, ædificium retinet, suscepto annuo solario. 95

Dominus, cui ædificium in solo suo ab alio positum nocet, ædificantem, ut id tollat, cogere potest. ibid.

Regula: *Omne, quod solo inædificatur, solo cedit;* in favorem domini

Digitized by Google

domini ſtabilita, nocere ei non debet. pag 98

Aerarium.

In quibus differebat a fiſco, & principis patrimonio? 190

Agger.

Ad aggerum munitionem non ſolum fundorum poſſeſſores, ſed incolæ etiam ſimplices obligantur. 757

Agnati.

Contra agnatos, quamdiu vaſallus poſſeſſor vivit, præſcriptio tricennalis non currit. 182

Currit tamen tunc, quando feudum iis non conſtitutum, ſed ſaltem pacto promiſſum fuit. ibid.

Agnitio.

Agnitio debiti præſcriptionem interrumpit. 276

Alienatio.

Alienatio rerum, quæ commercio exemtæ ſunt, per præſcriptionem immemorialem convaleſcit; Tricennalis, & quadragenaria præſcriptio vero non ſufficit. 219

Alveus.

Alveus derelictus cui cedat? 12. 622

Animalia.

Omnia animalia ſua natura ſunt fera. 17. ſqq.

Animus.

Ad occupationem non ſufficit. 4

Ad adprehendendam poſſeſſionem requiritur. 127

In factis ambiguis & dubiis iureiurando probatur. ibid.

Animus derelinquendi.

Ad probandum animum derelinquendi non ordinaria præſcriptio requiritur, ſed biennium ſufficit. 50

Probatur per coniecturas & non facta. 63. 178

Exemplum eiusmodi non facti. ibid.

Annui reditus.

Libertas ab annuis reditibus nullo temporis lapſu præſcribitur. 156.

Acquiritur tamen alio actu, e. gr. denegatione præſtationis interveniente. ibid.

Debitum annuorum redituum præſcriptione perimitur, quum magna alterius negligentia concurrit. ibid.

Iura recentiora, quæ in concurſibus uſuras poſt omnes ſortes collocant, ad annuos reditus non ſunt extendenda. 535

Apocha.

Debitor in ipſa ſolutione apocham exigere, &, prius quam ea detur, pecuniam retinere poteſt. 948

In ſolutione præſtationum annuarum apocha in eadem, qua huc usque dari conſuevit, forma exigitur, atque immutata recte recuſatur. ibid.

Contra apocham exceptiones non numeratæ pecuniæ, & aliæ poſt

Digitized by Google

post triginta etiam dies admittuntur. pag. 951
Ex trium cohærentium annorum apochis solutio superiorum temporum præsumitur. 955
Quæ præsumtio non in publicis solum, sed & privatis, quin etiam in personalibus debitis locum habet. ibid.
Deficientibus licet apochis, si solutio trium cohærentium annorum alio modo probetur, solutio antecedentium annorum tamen præsumitur, nec nocet præsumtioni huic, quod solutio quotannis difformiter facta fuit. 956
Apochæ plurium non cohærentium annorum aliquam præsumtionem solutionis in præteritum factæ inducunt. 959
Sed hæc præsumtio infirmior est, atque hoc solum operatur, ut creditor ad iusiurandum, se in præteritum nihil accepisse, adigatur. ibid.
Quando apochæ, super præstationibus annuis datæ, invicem discrepant, posteriores ex anterioribus explicandæ sunt. 960

Apostasia.

Præscriptioni obnoxia non est. 799

Arbores.

Arbores sylvæ, in qua alter ius pascendi habet, a domino exscindi possunt, terra vero arari nequit. 261

Arrestans.

De iure communi ius præcipuum præ aliis creditoribus non consequitur, præterquam in ea re, quæ per arrestum servata fuit. 436

Arrestum.

Arrestum impetraturus duo demonstrare debet, debitum certum, & periculum in mora, liquiditas debiti non desideratur. 430
Contra debitorem notorie obæratum bonisque lapsum, sine omni probatione decerni potest. 433
Arrestum, ob præsentissimum in mora periculum, a procuratore, qui mandatum non exhibuit, impetratum subsistit. 435
Iuribus Saxonicis, ac aliis quibusdam, hypothecam tribuit, non aliter tamen, quam si ante motum concursum imponatur. 436
Arresti remissio accuratiorem caussæ cognitionem requirit, quam impositio. 439
Arrestum, quod iudex sine caussæ cognitione remittit, adhuc subsistit. ibid.
Arrestum, ab uno correo impositum, & alteri prodest, nec in eius præiudicium a magistratu remitti potest. 861

Assessor iudicii.

Acta sine præsidis auctoritate referre

Digitized by Google

ferre non debet; si secus facit, sententia nulla est. pag. 299

Auctoritas iudicis.

Auctoritas iudicis, sine caussæ cognitione interposita, spoliantem ab actione spolii non liberat. 705

Augustanæ confessioni addictus.

An possit sacris in vicina ecclesia uti, quando ecclesia loci, in quo vivit, diversam a nostra religionem fovet. 246

B.

Balæna.

Ab alio signata, ab alio vero occupata, cedit occupanti. 4

Bannus ferinus.

Olim pertinens prædiorum nobilium fuit. 26

Baptismus.

An Augustanæ confessioni addictus, sed in loco catholico habitans, liberos suos ad vicinam ecclesiam evangelicam baptizandos deferre possit, quamvis ipse maioresque eius semper sacris in ecclesia catholica eius loci usi fuerint, nec unquam baptismum alibi adhibuerint? 247

Beneficium cessionis bonorum.

Denegatur debitori cambiali, licet fortunæ iniuria in paupertatem inciderit. 964

Vid. infr. *Cessio bonorum.*

Beneficium dationis in solutum.

Prodest omnibus debitoribus. 963

Beneficium divisionis.

An fideiussori indemnitatis, si ei renunciaverit, competat? 875

Beneficium excussionis.

Fideiussori tunc non datur, quando lis cum debitore principali multis difficultatibus innexa est. 889

Cessat post mortem debitoris, siquidem actio contra plures eiusdem heredes instituenda esset. 891

Cessat tunc, quum concursus creditorum contra debitorem principalem motus est. ibid.

Beneficium separationis.

Locum habet, etsi duorum pluriumve debitorum bona ita sint commixta, ut ea accurate discerni impossibile sit. 538

In beneficio separationis defuncti creditores, quamvis chirographarii, creditoribus heredis, licet hypothecariis & privilegiatis, anteponuntur, solis tributis exceptis. 540

A beneficio separationis res secundum creditores heredis iudicata non excludit creditores defuncti. 541

Beneficium separationis defuncti creditores, etsi ius eorum altioris indaginis sit, contra liquidos heredis creditores habent; Creditores tamen heredis exsequutionem, præstita cautione, impetrant. 542

Beneficium separationis non exclu-

cludunt lex nova, & privilegium, quibus creditor aliquis aliis omnibus anteponi iubetur. pag. 543
Inter unius debitoris heredes locum non habet. 545
Beneficium separationis, quod pragmatici in sociis admittunt, ut, excitato contra unum ex sociis concursu creditorum, debita ratione societatis contracta, debitis, quae extra eam facta sunt, praeferantur, in iure fundatum non est. 547

Bestiae.

Vid infr. *Ferae Bestiae.*

Bona fides.

Casus, in quibus bona fides per litis contestationem non tollitur. 111
Non in opinione, sed in ignorantia consistit. 157
In bona fide etiam est, qui errat, dummodo non supine. ibid.
Per simplicem denunciationem, in principio contractus factam, rem esse alienam, non tollitur, nisi simul argumenta convincentia, aut maxime verosimilia adferantur. 158
Bonam fidem error iuris supinus tollit. 160
Bonam fidem non tollit error iuris, adminiculo quodam fultus. ibid.
In bona fide est, qui auctoritati magistratus fisus in iure errat. ibid.
In bona fide est is, qui scit, rem esse alienam, sed tamen, eam a se, consentiente domino, possideri, verosimiliter credit. 161
Etiam in praescriptione actionum personalium, aliorumque iurium desideratur. 162
In ipso debitore, qui interpellatus nunquam fuit, ex lapsu longissimi temporis praesumitur. 163
Dictum Pauli: Quicquid non ex fide est, peccatum est; in iure canonico ad probandum, quod bona fides in omni praescriptione sit necessaria, bene adhibetur. 166
Potest in bona fide esse, qui instrumentum, quo ius alterius continetur, tenet & perlegit, sed tamen credit, illi aliunde esse satisfactum. 169
Etiam in praescriptione immemoriali desideratur. 214

Bonae fidei possessor.

Fructus consumtos, quamvis ex iis locupletior factus sit, lucratur. 109
Potest quis talis esse, etsi eo tempore, quo primum possessionem nactus est, contradictionem ab illo, qui rem postea evincit, passus sit. ibid.
Fructus etiam post litem contestatam perceptos & consumtos lucratur, siquidem per litis contestationem in mala fide constitutus non fuit. 111
An bonae fidei possessor, qui fru-

fructus lucratur, expensas a domino vindicante repetere possit? pag. 117
Bonæ fidei possessorem iniustus iudicis principisve iussus non efficit. 169
Rem furtivam præscriptione XXX. annorum adquirit. 185

Bona commixta.

Aequaliter dividuntur, si non constet, quantum quisque habuerit. 100
Bona commixta coniugum, per testamentum reciprocum utriusque consanguineis relicta, si commode separari nequeant, inter heredes utriusque testamenti æqualiter in duas partes sunt dividenda. 107
Quando maritus uxorem locupletem duxit, & bona sua cum huius bonis ita commiscuit, ut separatio impossibilis sit, quomodo, soluto matrimonio, bona sint dividenda? ibid.
Quomodo sint dividenda, si bona commixta inæqualia fuisse appareat, sed tamen ea inæqualitas liquido discerni nequeat? 108

Bona domanialia.

Præscriptione quadraginta annorum a privatis requiruntur 190 225

Bona ecclesiastica.

Dividuntur in communia & dotalia. 197
In his bonis quadragenaria præscriptio sufficit. ibid.
Quæ tamen a morte antistitis, qui alienavit, aut potius ab electione successoris currere incipit. ibid.
Bona ecclesiastica, per pacem Osnabrugensem secularisata, iure ecclesiarum in præscriptione & aliis capitibus fruuntur. 203

Bona fiscalia.

Præscriptione quadragenaria a privatis adquiruntur. 190

Bona mensalia.

Quadragenaria præscriptione adquiri possunt. 197

Bona principis patrimonialia.

Præscriptione XL. annorum a privatis adquiruntur. 190

Bona, quorum alienatio & adquisitio est interdicta.

Non nisi præscriptione immemoriali adquiruntur. 190

C.

Cambium.

Plures, qui unum cambium signarunt, singuli pro parte tenentur. 860
Cambia illud sunt in commerciis, quod circulatio sanguinis in genere humano. 964

Cautio de non amplius turbando.

In possessorio summariissimo sine lege & utilitate exigitur; si tamen imponatur, verbis nudis præstanda est. 732

Cedere actionem.

Quid sit? 906

Cessio bonorum.

In Iure Iustinianeo omnibus debito-

bitoribus ex caussa civili, quamvis culpa & prodigalitate in inopiam inciderint, indulgetur. pag. 420

Cursum usurarum nec inter creditores sistit, nec debitorem cedentem ab usuris liberat. 428

Vid supr. *Beneficium cessionis.*

Chirographum.

In antiquis chirographis nihil interest, utrum simpliciter pecunia, an vero aurei vel thaleri solidi promissi sint. 947

Excipiuntur saltem anni 1600. & sequentes usque ad annum 1622. in quibus promissio nummorum solidorum maxime utilitatem habet. ibid.

Civitates.

Civitates quædam, vel privati, societate aut pactis invicem initis, commercium in flumine publico sibi solis adscribere, & alios ab eo excludere nequeunt. 659

Cetus.

Evulsione dentium, & excisione frusti lardi signatus, signanti non adquiritur, sed vere occupanti 4

Citatio.

In examine testium, in possessorio momentaneo, citatio adversarii ad videndum iurare, & danda interrogatoria impune omittitur. 718

Cives oppidani.

Apud veteres germanos a venatione erant exclusi. 25

Civitas.

Etiam civitas obærata ad cessionem bonorum recte provocat; qua facta, membra eiusdem, etsi ditissima, conveniri amplius non possunt. 430

Clerici.

Apud veteres germanos a venatione erant exclusi. 25

Fideiubere prohibentur, quæ prohibitio nec hodie usu est abrogata. 866. sq.

Cognatus.

Proximus derelinquentis cognatus prædium derelictum, & ab alio occupatum retrahere nequit. 53

Cognitio.

Cognitio de actionibus hypothecariis, ratione feudi competentibus, ad forum concursus pertinet. 480

Collegia Iuridica.

Contra tria collegia iuridica in inrotulatione actorum protestari, singulis litigatoribus licet. 286

Collegium, quod secundum alterum litigatorem iam respondit, vel iudicavit, suspectum est. 287

Quum caussa in collegio referenda, & sententia concipienda est, potest a litigatoribus membrum aliquod tanquam

Digitized by Google

ſuſpectum recuſari, utque id ſuffragium nullum ferat, poſtulari. pag. 301
Exceptio ſuſpecti collegæ, legitime oppoſita, hunc macula quadam adſpergit. ibid.

Columbarium.

An a quolibet exſtrui poſſit? 24

Commercium cereviſiarium.

In iis locis, in quibus commercium cereviſiarium eſt reſtrictum, hi, qui illud habent, ſed per triginta annos non exercuerunt, id perdunt. 236

Commixtio.

Commixtio integrorum patrimoniorum frequens eſt. 100
An, & in quibus a confuſione differat? ibid.
Commixtio plurium patrimoniorum, ex voluntate dominorum facta, ſocietatem conſtituit; & ideo lucra æqualiter dividuntur, & erogata in commune imputantur. 102
Per reciprocum coniugum teſtamentum, quo utriusque conſanguinei heredes ſcribuntur, commixtio amborum patrimoniorum fit; hæc tamen commixtio alterutri poteſtatem mutandi teſtamenti non aufert. 106
Commixtio diverſarum pecuniarum communionem non inducit. 108

Commodans.

Rem commodatam extra concurſum vindicat. 473
Tunc tamen, quum rem ad pignorandum commodavit, pecuniam ad luitionem neceſſariam reſtituit, eamque deinde ex concurſu inter chirographarios repetit. 473

Communio.

Ex commixtione vera communio oritur. 100
Quomodo differat a ſocietate? 102

Compoſſeſſio.

Qui ſe in compoſſeſſionem mittit, vim facit. 128
Compoſſeſſionis adprehenſio ſpolium eſt. 681

Concluſio in cauſſa.

Ad ſolemnia, non etiam ad ſubſtantiam iudicii pertinet. 280
In proceſſu ordinario a Iudice omitti non debet. ibid.
Pro concluſione in cauſſa declaratio privata in familiari ſermone haberi nequit. ibid.
Intempeſtive concludere & deductionibus ac ſcriptis, quæ ipſi adhuc reſtabant, procurator renunciare nequit, niſi hoc ei ſpecialiter mandatum ſit. ibid.
Etiam poſt concluſionem in cauſſa poteſt quis errorem, ab advocato ſuo commiſſum, corrigere, ſi tunc demum illum animadvertat. ibid.
Poſt concluſionem in cauſſa partes reſponſa iuridica addere actis poſſunt, non etiam alia, quæ ad cauſſæ deciſionem aliquid

Digitized by Google

quid momenti adferre possunt, e. gr. tabulas genealogicas, ichnographicas &c. pag 288
Contra conclusionem in caussa & submissionem a iudice iudicari potest. 358

Concursus creditorum.

Contra creditorem, qui debitoris sui bona cum suis commiscuit, si bona commixta separari nequeunt, continuatur. 105
Concursus creditorum vox nova, res ipsa antiqua est. 460
Infamiam apud Romanos nunquam irrogavit, sed saltem levis notæ maculam, quæ omnia adhuc eadem sunt. 461
Quid sit? 463
Potest esse sine debitore communi, & contradictore. ibid.
Est vel universalis, vel particularis. 464
Quando universalis, quando particularis initium accipiat? 465
Quemnam usum divisio concursus in universalem & particularem habeat? ibid.
Concursus universalis lites etiam alibi pendentes ad forum suum trahit. 468
Concursus particularis litis pendentiam non turbat. ibid.
In concursu creditorum, quod ad contractum ipsum eiusque solemnia, iura fori contractus, quod ad collocationem creditorum autem, iura fori concursus spectantur. 469
Pendente concursu, uni ex creditoribus, cuius ius maxime liquidum & verisimile apparet, suum etiam ante sententiam definitivam, præstita tamen cautione de restituendo, exsolvi potest. 471
Quibus in casibus concursui creditorum res domini immisceantur? ibid.
Ante concursum creditorum domini res suas repetere possunt. ibid.
In concursu ad quartam classem referuntur illi, qui res suas alterius fidei commiserunt, non tamen aliter, quam si id auctoritate publica factum. 525
An cursum usurarum sistat? 531
Concursus creditorum & pœna præclusi ad caussas personalissimas, in quibus nempe de statu, de matrimonio, de operis locatis agitur, non pertinet. 554
In concursu creditorum ius personam debitoris ex cambio persequendi & arrestandi, per sententiam praeclusivam haud perimitur. ibid.
Caussa, ob quam concursus creditorum cetera iudicia diuturnitate superat, est constitutio curatoris 557
Etiam sine curatore esse potest. ib.
Consultum est, curam concursus debitori uxorive eius, præstita idonea cautione, relinqui. 559
Concursus creditorum, ab uno aut ali-

Digitized by Google

aliquibus excitatus, tunc prodest omnibus, quando vel edictalis citatio, vel missio in bonorum possessionem, vel arrestum accessit. pag 598

Condemnatio debitorum.

An in condemnatione debitorum iudex nonnunquam a libello & petitione creditoris recedere possit? 355

Conductor.

Iure Civili remediis possessoriis saltem contra tertium, non contra ipsum locatorem, si ille vim faciat, uti potest; secus Iure Canonico. 118

Rem inter se & locatorem iudicatam contra subconductorem suum allegare nequit. 406

An Iure Saxonico noviori, exorto concursu, a conductione recedere possit? 584

Confessio.

Confessio, traditionem esse factam, instrumento inserta, illam non probat. 69

Confessio, coram Commissario facta, pro iudiciali habetur; nec opus est, ut in loco iudicii facta sit. 411

Revocari potest ob errorem, quem probari oportet, si confessio iudicialis fuit. 415

Qui sponte fatetur in iudicio, quod falsum esse novit, alteri ex hac confessione obligatur, nec propter metum vanum in integrum restituitur. ib.

An, ut effectum habeat, acceptari debeat? 417

Confessio Imperatoris imperio & successoribus non nocet. ibid.

Confessio debitoris, pecuniam in solutionem tributorum ipsi ab aliquo esse creditam, non sufficit, ne quidem ad effectum iurisiurandi suppletorii. 497

Ei, quem adversarius vi, clam, vel precario possidere dicit, confessio hæc in possessorio summariissimo ad probandam possessionem prodest. 726

Confessio extraiudicialis.

Sola per se nihil probat, sed aliis probationibus atque argumentis pondus addit. 408

Confessio extraiudicialis, sæpius repetita, etiam in caussis criminalibus probat. 413

Confessio iudicialis.

Plus ponderis habet, quam extraiudicialis, atque plene probat. 408

Coniecturae.

Aliquando liquido probant. 780

Ad delegationem inducendam non sufficiunt. 907

Consensus.

In fideiussione quibuscunque verbis vel factis declarari potest. 864

Consors litis.

Res contra consortem litis iudicata ad alterum consortem litis non pertinet; pertinet tamen tunc, quum alter, altero scien-

sciente & permittente, communi nomine litigavit. p. 402

Constitutum possessorium.

Quid sit? 73

Dominium in emtorem, quamdiu is pretium non solvit, haud transfert. ibid.

Consuetudo.

Præscriptioni immemoriali obnoxia est. 220

Contractus.

Contractus onerosus, in fraudem creditorum celebratus, non aliter revocatur, quam si uterque contrahens fraudis conscius fuit. 588

Contradictor.

Quisnam in actione ex *L. ult. C. de Edict. D. Adriani toll.* legitimus contradictor dicatur? 642

Contumax.

Contumax non est, quem iudicis inscitia vel negligentia excusat. 161

Contumaci copiam sententiae mittere iudex non est obligatus. 366

Correus.

Factum correi correo alteri & nocet, & prodest. 861

Arrestum, ab uno correo impositum, & alteri prodest, nec in eius præiudicium a magistratu remitti potest. ibid.

Corruptio.

Corruptio monetæ unde oriatur? 930

Creditor.

Creditor, qui debitoris sui bona cum suis commiscet, concreditoribus obligatur. 105

Contra talem creditorem, si bona commixta separari nequeunt, concursus continuatur. ibid.

An creditor, cui fur debitum nummis surreptis persolvit, a domino antiquo conveniri possit? 108

Creditoribus, apud Romanos veteres, permissum erat, debitorem obæratum vendere, necare, in partes scindere, quæ permissio æqua & humana fuit. 418

Oblatam pro remittendo arresto idoneam cautionem, tunc, quum nomen præsens & liquidum est, recte recusat. ib.

An in debitis illiquidis, & altiorem indaginem desiderantibus, creditor, qui idoneam cautionem accipere detrectat, in expensas & damna damnetur. ibid.

Gaudet iure protimeseos in sola subhastatione, non etiam, quando bona debitoris privatim venduntur. 453

Inter plures creditores licitantes is, qui potior est, ei, cui maior summa debetur, præfertur. ibid.

Quum contra emtorem sub hasta, qui pretium non solvit, iterum concursus creditorum excitatur, creditores, quotquot

ex

ex primo concursu restant, creditoribus emtoris præferuntur. pag 459

Creditores, quibus fructus unius alteriusve anni, re integra a debitore in solutum dati vel adsignati fuerunt, eos libere percipiunt, nec concursui immiscentur. 477

Qui pecuniam in solutionem tributorum credit, privilegium fisci, etiam sine cessione, consequitur. 497

Creditor tamen probare debet versionem: Ad quod confessio debitoris haud sufficit, ne quidem ad effectum iurisiurandi suppletorii. ibid.

Qui in refectionem rei, durante concursu, credit, in prima creditorum classe collocatur, qui ante concursum, in secunda; Necesse tamen est, ut expresse in refectionem creditum sit, nec sola versio sufficit. 510

Qui ad emendum credit, ius prælationis non aliter consequitur, quam si hypothecam sibi 1. expresse, 2. statim, 3 legitime stipuletur, atque res vere pecunia eius comparetur. 511

Creditori possidenti possessio pignoris in concursu adversus alios creditores, antiquiorem possessionem habentes, non prodest. 515

Liberat tamen eundem a pœna præclusi. ibid.

Qui in navem aut domum fabricandam, emendam, instruendam credidit, in concursu creditorum in quarta classe collocatur. 528

Usu fori in concursu creditorum ad quartam classem referuntur, quotquot creditores singularem favorem habent. 529

Creditores cambiales in concursu creditorum ad quartam classem non referuntur, sed ad quintam, nisi lex illis privilegium tribuat. 530

In concursu creditorum heredis creditores fere semper excluduntur, expensæ tamen concursus & tributa in principio collocantur. 539

In beneficio separationis defuncti creditores, quamvis chirographarii, creditoribus heredis, licet hypothecariis & privilegiatis, anteponuntur, solis tributis exceptis. 540

Res secundum creditores heredis iudicata creditores defuncti a beneficio separationis non excludit. 541

Creditores defuncti, etsi ius eorum altioris indaginis sit, beneficium separationis contra liquidos heredis creditores habent; Creditores tamen heredis exsequutionem, præstita cautione, impetrant. 542

In iis rebus, quæ unius creditoris ope ex fuga retractæ & ab interitu

interitu servatæ fuerunt, hic iure separationis creditoribus reliquis præfertur. pag. 546
Creditor, qui sibi in concursu creditorum perpetuum silentium imponi patitur, etiam actionem personalem contra debitorem ipsum amittit. 548
Creditor, in concursu creditorum præclusus, ex iusta caussa in integrum restituitur, non tamen contra eos concreditores, qui suum iam consequuti sunt. 550
An creditores renunciationem hereditatis, a debitore obærato factam, tanquam fraudulosam, revocare possint? 565
Creditores ea, quæ debitor obæratus ante conflatum æs alienum gessit, & titulo sive oneroso, sive lucrativo in alium transtulit, nequeunt revocare. 573
Creditores donationem rei singularis, a debitore ante conflatum æs alienum factam, & traditione consummatam, revocare nequeunt, tametsi res donata maximam bonorum debitoris partem constituat. 577
Creditores hypothecarii res, ante motum concursum a debitore obærato uni ex creditoribus in solutum datas, si adhuc exstant, vindicant. 592
Earum etiam rerum, quæ post institutam actionem consumtæ sunt, æstimationem condicunt, non vero earum, quæ ante. 593
Creditor, qui post mortem debitoris obærati suum ab heredibus consequutus est, nihil tamen restituit, etsi postea, moto concursu, heredes hereditatem aditam repudient. 594
Creditor chirographarius, qui debitorem obæratum & suspectum esse animadvertit, pignus sibi ab eo constitui, impune curat. 596
Si tamen, dum alii iam instabant, per collusionem pignus accepit, his in concursu postponitur, aliis vero, qui non institerunt, præfertur. ibid.
Quando debitor, excitato ab aliquibus creditoribus concursu, uni gratificatur, hi soli, qui concursum excitarunt, gesta revocant. 598
Non peccat, si, ut suum a debitore suspecto consequatur, aliquam ab eo rem emit, partemque pretii parata pecunia solvit, partem alteram cum nomine suo compensat. 600
Creditores, in quorum fraudem uni creditori gratificatum fuit, id, quod huic solutum est, a gratificante pro rata repetunt; nec opus habent, ut probent, se potiora iura præ illis, quibus gratificatum fuit, habere. 604
Imminente licet concursu, res debi-

debitoris sui vi vel clam occupare non debet. pag. 607
Si occupaverit, cogitur eas restituere, ius crediti tamen non amittit. ibid.
Creditor, qui iudicis quidem ope, sed modis illegitimis, adhibita, ante concursum suum consequutus est, ceteris creditoribus actione Pauliana ad communicationem tenetur. 609
Creditor, qui non rem, sed personam debitoris occupat, ius crediti non amittit. 710
Creditor, cui debitor potestatem dedit, rem occupandi, si hoc contra voluntatem debitoris facit, ius crediti amittit. 713
Creditor, qui, mortuo debitore, rem sibi debitam ex hereditate iacente aufert, in hanc pœnam incidit. ibid.
Excusatur tamen tunc, quum defunctus hoc ei permisit. ib.
Creditor, qui ex pluribus correis unum elegit, tamen, hoc relicto, alterum convenire in solidum potest. 862
Creditor, cui ad provocationem debitoris perpetuum silentium imponitur, actionem suam contra fideiussorem perdit. 877
Perdit eandem, qui se in concursu, contra debitorem excitato, præcludi patitur, nisi vel ante præclusionem fideiussorem interpellarit, vel ostendere possit, nihil sibi ex concursu sperandum fuisse. 877
Creditor, ante excussionem debitoris actionem contra fideiussorem non habet. 887
Potest creditor ex vetere chirographo agere, etiamsi ex novo iam tum actionem instituerit. 903
Creditor, cui aliena pecunia a debitore soluta fuit, postquam eam consumsit, vel cum sua miscuit, a domino pecuniæ conveniri nequit, ne a fisco quidem, tametsi pecunia fiscalis fuerit. 919
Impune recusare potest solutionem, in pecunia, nondum quidem reprobata, sed mox reprobanda, oblatam. 945
Creditor, cui certum monetæ genus promissum est, si hoc haberi non possit, aliud invitus accipere cogitur. 946
Creditor, qui in apocha generaliter sibi satisfactum fassus est, & debitorem plene liberavit, ea tamen, quæ tempore datæ apochæ sibi deberi ignoravit, recte persequitur. 949
Rem, quam a debitore alii iam venditam, etsi nondum traditam scit, in solutum accipere nequit. 966
Creditor, rem in solutum accipiens, hypotheces omnes, etiam exraiudiciales eidem ante impositas, agnoscere debet. 970

Cre-

Creditum.

Creditum in alimenta debitoris ad primam classem referri nequit. pag. 507

Crimen læsæ maiestatis.

In crimen læsæ maiestatis incidit, qui agrum incultum occupat, & principi imperium & superioritatem in eum intervertere intendit. 114. sqq.

Cura concursus.

Debitori uxorive eius, præstita idonea cautione, recte relinquitur. 559

Regulariter administrationem bonorum & procurationem actionum complectitur. 560

Curator concursus, seu litis.

Huius curatoris constitutio est caussa, ob quam concursus creditorum cetera iudicia diuturnitate superat. 557

Debitoris personam repræsentat. 560

Creditoribus, invicem de priori loco litigantibus, se non immiscet. ibid.

Debitores debitoris communis non in foro concursus, sed apud ipsorum iudicem convenit. 562

Si contra debitoris debitores agat, pro reconventione & expensis cavere tenetur. ibid.

Tenetur etiam iniuriarum. ibid.

Curatori concursus de iure communi iusiurandum & a creditoribus deferri, & a iudice imponi potest. 563

Iure Saxonico Curatori concursus iusiurandum a creditoribus deferri nequit, a iudice vero imponi potest. ibid.

Cursus fluminis.

Cursum fluminis ad avertendas ab agro nostro inundationes mutare, & in agros vicinos cum horum detrimento derivare licet. 668

D.

Damnatus ad fructus restituendos.

Nihil restituit, si, se plus impendisse in fructus, quam lucratum esse, probet; id tamen, quod amplius impendit, non repetit. 115

Datio in solutum.

Per dationem in solutum debitor cambialis a rigore cambii non liberatur. 964

Quænam in datione in solutum sint observanda? ibid.

Est vera emtio & venditio. 966

In datione in solutum necesse est, ut res, certo pretio æstimata, creditori addicatur. 967

A datione in solutum differt mandatum, ut creditor rem vendat, atque ex pretio sibi satisfaciat. ibid.

Vid. supr. *Beneficium dationis in solutum.*

Decretum D. Marci.

Etiam eos creditores punit, qui res debitorum suorum clam furantur, & sine aperta vi per fraudem auferunt: item eos, qui

Digitized by Google

qui res fidei suæ a debitoribus commissas intervertunt. p. 707
Etiam per modum exceptionis opponi potest. 712
Vtrum cesset in creditore, qui, tempore contracti debiti, sibi potestatem res debitoris, si hic non solverit, occupandi stipulatus, privatim earum possessionem ingressus est. 713

Debitor.

Debitor, qui creditori pro parte satisfacit solvendo, aut in solutum dando, debitum agnoscit. 276
Quomodo iure Romano contra debitores procedebatur. 418. sqq.
Debitor, etsi culpa sua obæratus, nec hodie in carcerem conitci potest, nisi lege nova, vel statuto hoc sit præceptum. 422
Lex generalis de debitoribus obæratis carceri mandandis ad eos tamen solos, qui culpa sua bonis lapsi sunt, est restringenda. ibid.
Quando de debitore carceri mandando agitur, probatio, quod bona sua prodegerit, non creditoribus, sed ipsi, quod fortunæ iniuria bonis lapsus sit, imponitur. 424
Liberatur debitor obæratus a carcere, cui præter culpam levissimam nihil imputari potest. ib.
Debitor obæratus ob officium publicum a carcere non liberatur. 427
Contra debitorem notorie obæratum, bonisque lapsum, arrestum sine omni probatione decerni potest. 433
Prædium suum, publice & solemniter, secundum præscripta legis, sub hasta venditum, & adiudicatum, revocare nequit, quamvis nomen, propter quod subhastatio facta, deinde, falsum aut iniustum fuisse, appareat. 456
Habebit tamen contra falsum aut iniustum creditorem, ad cuius preces subhastatio facta, actionem ad interesse. ibid.
Si debitor obæratus ante motum concursum moritur, impensæ in funus eius ex bonis relictis fiunt; Si post concursum excitatum obit, vt alii pauperes, gratis est sepeliendus. 508
Consultum est, debitori, uxorive eius curam concursus, præstita idonea cautione, relinqui. 559
Debitores debitoris communis non in foro concursus, sed apud eorum iudicem a curatore concursus conveniri debent. 562
Debitor obæratus & hereditati sibi inposterum deferendæ renunciare, & delatam repudiare potest. 565
Idem ei etiam circa successionem feudalem licet. ib.
Quæ debitor obæratus ante conflatum

flatum æs alienum gessit, & titulo sive oneroso, sive lucrativo, in alium transtulit, a creditoribus nequeunt revocari. pag. 573
Donationem rei singularis ex capite propriæ indigentiæ revocare nequit. 577
Debitor obæratus, qui ex donatione, ante conflatum æs alienum quidem facta, sed per traditionem nondum consummata, convenitur, donatarium petentem exceptione æris alieni recte repellit. ibid.
Quin imo, si ipse a creditoribus urgeatur, etiam ad rescissionem donationis, per traditionem nondum consummatæ, agere potest. 578
Quæ debitor obæratus ante motum concursum bona fide gerit, rata sunt. 584
Quæ debitor obæratus in fraudem creditorum donat, revocantur, tametsi donatarius fraudem non participarit. 586
Debitor obæratus, ante motum concursum, uni ex creditoribus recte solvit. 590
Idem quoque in cessionibus, delegationibus, assignationibus iuris est. ibid.
Debitor obæratus res suas, ante motum concursum, uni ex creditoribus recte in solutum dat. 592
Creditores tamen hypothecarii res adhuc extantes vindicant. ibid.
Debitor, qui procuratori creditoris speciale mandatum habenti solvit, plene securus est. 911
Creditori sui creditoris recte solvit, dummodo nomen huius liquidum sit, & indubium. 915
Antequam tamen creditor solutionem istam ratam habet, debitor solutum repetere potest. ibid.
Debitor, multiplice ære obstrictus, si partem solvat, primo usuras, deinde gravius sibi debitum solvisse, censetur. 917
Debitor, qui tempus solutionis arbitrio suo reservavit, ipse conveniri nequit, sed mortuo eo, demum heres. 923
Non solum ante diem præfixum, sed & tunc, quum obligatio in perpetuum contracta est, solvere potest. 924
In ipsa solutione apocham exigere, &, prius quam ea detur, pecuniam retinere potest. 948
Debitor, cui trium cohærentium annorum pensiones, sine mentione præteritorum, remissæ fuerunt, de anterioribus quoque annis satisfecisse præsumitur. 579
Præsumtioni huic non obstat, quod solutio trium annorum uno tempore facta, & una apocha comprehensa sit. ibid.

Digitized by Google

Debitor cambialis.

Per dationem in solutum non liberatur. pag. 964

Debitum.

Debiti agnitio interrumpit praescriptionem. 276

Decimae.

Libertas a decimis, ceterisque praestationibus annuis, quae ecclesiis & piis locis debentur, praescriptione quadragenaria adquiritur. 156

Declaratio.

Declaratio privata in familiari sermone pro conclusione in caussa haberi nequit. 280

Delatio iurisiurandi.

In delatione iurisiurandi libellus non attenditur. 347

Probationem liquidam facit. 780

Delegatio.

In quibus a venditione, cessione & adsignatione differat? 906

Ad delegationem inducendam non sufficiunt coniecturae & facta dubia. 907

Ad hanc inducendam non sufficit novi chirographi, aut partis debiti aut usurarum acceptio, nec instituta contra delegatum actio. ibid.

Ad delegationem inducendam sufficiunt facta evidentia, quibus prima obligatio vel remittitur, vel plane immutatur. ibid.

Delinquens.

Etsi ipse poenam post completam praescriptionem efflagitet, puniri tamen non debet. 801

Denunciatio.

Simplex denunciatio, in principio contractus facta, rem esse alienam, bonam fidem non tollit, nisi simul argumenta convincentia, aut maxime verosimilia adferuntur. 158

Depositum.

Vid. infr. *Repetitio depositi.*

Derelictio.

In derelictione animus derelinquendi per coniecturas & non facta probatur. 63

Exemplum eiusmodi non facti. ibid.

Derelinquendi animus.

Vid. supr. *Animus dereliquendi.*

Derelinquens.

Quod ad rem derelictam, pro mortuo reputatur. 57

Is, qui domum sibi cum aliis communem, incendio vel ruina collapsam, a ceteris consortibus solis reaedificari & possideri patitur, partem suam derelinquit. 178

Detentor.

Nudus detentor etiam possidet, atque remedia possessoria habet. 118

Precarius possessor detentor magis est, quam possessor. 125

Dies feriati.

Diebus feriatis, & intra tempora prohibita aliquando venari licet. 36

Diu-

Diuturnitas temporis.

Diuturnitas temporis, poſt commiſſum delictum elapſi, etſi præſcriptio nondum ſit completa, pœnam tamen mitigat. pag. 791

Documenta.

An præſcriptioni immemoriali obſtent? 211

Dolus.

Diſcrimen vulgare inter dolum futurum & præteritum exploditur. 802

Vterque remitti poteſt a ſciente, neuter ab ignorante. ib.

Dolus procuratoris creditori nocet, non debitori. 911

Domicilium.

Domicilium mutare, res meræ facultatis eſt. 263

Domicilium creditoris, ſi nihil aliud ſit conventum, eſt locus ſolutionis. 921

Domini.

Res ſuas ante concurſum repetere poſſunt. 471

Quibus in caſibus concurſui ſe immiſcere, & res ſuas adminiſtrationi curatoris bonorum relinquere, ac onera concurſus cum ceteris agnoſcere teneantur? 472

Domini agrorum inundatorum tantiſper, donec inundatio durat, a tributis, canone emphyteutico, ceteriſque oneribus realibus immunes ſunt. 664

Dominus, per cuius fundum flumen decurrit, nequit a vicino cogi, ut illud contra inundationes muniat; Pati tamen in ſuo debet, ut alter ibi ſuis ſumtibus ripam fluminis muniat. 665

Dominium.

Quomodo ab imperio differat? remiſſive. 11

Quo iure dominium in feras beſtias principes ſibi adſcripſerint? 20. ſqq.

Qui feram beſtiam in fundo alieno, contra domini vel legis prohibitionem, capit, dominium eius nullo iure conſequitur. 22. ſq.

Dominii translationem defectus traditionis impedit. 64

Dominii reſervatio in venditionibus usque ad pretii ſolutionem iuri Romano & moribus convenit. 474

Dominus fundi.

Feram, ab alio in illius fundo excitatam, in ſuo fundo, per quem eandem fugientem perſequitur, præoccupare poteſt. 37

Dominus, cui ædificium, in ſolo ſuo ab alio poſitum, nocet, ædificantem, ut id tollat, cogere poteſt; Iudex tamen, qui damnum exiguum eſſe, animadvertit, ædificium recte relinquit, atque ædificantem domino ſaltem in certam pecuniam condemnat. 9. ſqq.

Regula: *Omne, quod ſolo inædificatur, ſolo cedit;* in favorem domini

Digitized by Google

domini ſtabilita, nocere ei non debet. pag. 98

Dominus ſylvæ, in qua alter ius paſcendi habet, arbores exſcindere, non vero terram arare poteſt. 261

Ius compaſcendi in agris ſuis ſolo non uſu non amittit. 263

Contra dominum prædii devaſtati & inculti præſcriptio quidem ordinaria dormit, ſed tricennalis currit. 271

Dominus iurisdictionis.

A ruſticis, ut operis ipſorum utatur, nec alios homines adhibeat, cogi nequit. 255

Dominus ſuperficiei.

Oblatum ſibi novum ſuperficiarium ex iuſtis cauſſis repellere poteſt. 740

Intruſum contra voluntatem ſuam ſuperficiarium vi privata eiicere nequit. 74

Tum tamen expulſio privata in continenti recte fit, quum dominus præter dominium directum ipſam ſuperficiem quodammodo poſſidet. 742

Dominus utilis.

Res contra dominum directum iudicata domino utili nocet, ſi hic illum experiri paſſus ſit; nec reſtitutio in integrum locum habet, quamvis dominus directus circa proceſſum quid neglexerit. 398

Donata.

Donata a debitore obærato in fraudem creditorum revocantur, tametſi donatarius fraudem non participaverit. 586

Donatarius.

Donatarius omnium bonorum, præſentium & futurorum, etſi donatio ante æs alienum conflatum facta, a creditoribus, etiam chirographariis, recte convenitur. 574

Donatio.

Donatio rei ſingularis, ante conflatum æs alienum facta, & traditione conſummata, nequit per creditores ſupervenientes revocari, tametſi res donata maximam bonorum debitoris partem conſtituat. 577

Iſtiusmodi donatio nec ab ipſo debitore ex capite propriæ indigentiæ revocari poteſt. ibid.

Donator.

Donator, poſt donationem ad incitas redactus, alimenta a donatario petere poteſt. ibid.

E.

Edictum D. Adrian.

Hiſtoria huius Edicti. 639

Emphyteuſis.

Emphyteuſis eccleſiaſtica ſine ſcriptura per quadragenariam præſcriptionem conſtituitur. 202

Inter emphyteuſin & ſuperficiem nullum intercedit diſcrimen a priori, ſed ambæ ſaltem appellationibus diſtinguuntur. 736

Digitized by Google

Emphyteuta.

An, si canonem intra biennium ex culpa non solvat, emphyteusi sit privandus. p. 350. sqq.

Emtor.

Emtor, tempore prior, postponitur creditori posteriori, etsi neutri res tradita sit. 64

Emtor, cui in instrumento venditionis rem occupare permissum est, possessionem illius, invito venditore, adprehendere non potest. 70

An is, qui rem sub hasta emit, si venditio ob omissa solemnia aperte nulla sit, ut malæ fidei possessor fructus cum re ipsa restituere teneatur. 117

Qui reditus unius alteriusve anni ex bonis debitoris ante concursum emunt, eos libere percipiunt, nec concursui immiscentur. 477

Qui rem debitoris obærati sub hasta emit, pacta omnia, quæ debitor olim circa eam rem bona fide iniit, servare debet. 584

Error.

Potest quis errorem, ab advocato suo commissum, etiam post conclusionem in caussa, si tunc demum illum animadvertat, corrigere. 280

Error, in verbis stipulationis commissus, non secundum proprietatem verborum, sed verisimilem paciscentium mentem, explicandus est. 832

Error, circa rem commissus, nullam reddit obligationem. 833

Si una pars obscurius loquendo errori caussam dedit, error huic soli nocet. ibid.

Errores populares.

Quinam dicantur? 306

Vniversali quodam contagio omnes infecerunt; imminutus tamen eorum numerus, non vero penitus sublatus est. 307

Popularis error est opinio de necessaria sententiæ cum libello conformitate. 308

Origo huius erroris ad barbaros iuris Romani commentatores recte refertur. 309

Pugnat hic error cum iure naturæ. ibid.

Nec non cum iure divino scripto. ibid.

Non convenit iuri anteiustinianeo. ibid.

Nec iustinianeo. 312. sqq.

Nec iuri canonico. 316. sqq.

Nec iuri veteri germanico. 317

Nec legibus imperii. 319

Nec iuri Saxonico electorali. ibid.

Error iuris.

Error iuris supinus bonam fidem tollit. 160

Error iuris, adminiculo quodam fultus, bonam fidem non tollit. ibid.

Qui auctoritate magistratus errat, in bona fide est. ibid.

Evictio.

Qui rem litigiosam sciens emit, victus

victus deinde præstationem evictionis petere nequit, nisi eam sibi stipulatus sit. p. 826

Exactores tributorum.

Quousque in concursu ad probandum adstringantur? 496

Examen testium.

In possessorio momentaneo in examine testium citatio adversarii ad videndum iurare, & danda interrogatoria impune omittitur. 718

Exceptio.

Exceptiones altioris indaginis in interdicto Salviano non admittuntur, sed in petitorium reiiciuntur. 762

Eæ exceptiones, quæ ex natura negotii & ex ipso instrumento obligationis fluunt, etsi altioris indaginis sint, in interdicto Salviano locum inveniunt. 763

Huc pertinent exceptiones excussionis, item non impleti contractus. ibid.

Quotuplices sint exceptiones? 776

Exceptio æris alieni.

Opponitur donatario a donante, qui ex donatione, ante conflatum æs alienum facta, per traditionem vero nondum consummata, convenitur. 577

Exceptio declinatoria.

Quænam dicatur? 768

Exceptionibus declinatoriis oppositis, litem simul contestari necesse non est. ibid.

Exceptio dilatoria.

Exceptionibus dilatoriis, etsi liquidæ sint, reus eventualem litis contestationem subiicere debet. 768

Discrimen inter exceptiones liquidas & illiquidas etiam ad exceptiones dilatorias pertinet. 777

Exceptio doli.

Contractui opponitur, quamvis is præteritus, eidemque in contractu renunciatum sit. 802

Per replicam doli non eliditur 807

Exceptio illiquida.

Exceptio illiquida, ante litis contestationem opposita, & a iudice simpliciter reiecta, tacite post litem contestatam reservata censetur. 785

Exceptio inepti libelli.

Exceptioni inepti libelli, etsi legitime oppositæ, subiicienda est a reo litis contestatio eventualis. 768

Exceptio infamiæ.

Exceptio infamiæ, si liquida sit, contra procuratorem, curatorem &c. admittitur, si illiquida, reiicitur. 777

Exceptio liquida.

Aestimatio exceptionum, sintne liquidæ, an illiquidæ, ex arbitrio iudicis pendet. 779

Eæ etiam exceptiones liquidæ sunt, quæ reo ex natura negotii competunt, quamvis actori onus

Digitized by Google

onus probandi replicam imponant. pag. 783
Exempla eiusmodi exceptionum ibid.
Quænam dicatur? 784

Exceptio litis finitæ.

Non admittitur ante litis contestationem, nisi sit liquida. 785

Exceptio litis pendentis.

An opponi possit creditori, qui, deserta, quam contra unum correum instituit, actione, &, illo nondum excusso, alterum convenit? 862

Exceptio metus.

Supponit metum iustum. 809
Ad fundandam exceptionem metus malum præsens non desideratur, sed saltem metus præsens. 812
Qui coactus quid promittit vel facit, exceptionem metus habet, etsi protestari neglexerit. 815
Per ratihabitionem tollitur. Necesse tamen est, ut tempore ratihabitionis metus non saltem imminutus fuerit, sed penitus cessarit. 818
Præscriptioni tunc obstat, quando metum passus nihil sponte, sed omnia coactus fecit, vel etiam potentia adversarii a querela deterritus fuit. 821

Exceptio non numeratæ pecuniæ.

An in processu exsequutivo contra instrumentum guarentigiatum sit admittenda? 784
Contra apocham post triginta etiam dies admittitur. 951
Ab excipiente est probanda. ibid.
Quæ probatio etiam artificialiter per coniecturas recte fit, & semiplena etiam probatio ad effectum iurisiurandi suppletorii admittitur. ibid.

Exceptio non secuti implementi.

Quousque in processu exsequutivo contra instrumentum guarentigiatum admittatur? 784

Exceptio præventionis.

Cessat, quando iudicium, in quo lis coepta fuit, est clausum. 772

Exceptio peremtoria.

An exceptiones peremtoriæ ob litem negative contestatam ac rei mendacium, nec non ob iusiurandum delatum, vel relatum, admittantur; & quid Iure Saxonico novo circa hæc obtineat? 769

Exceptio præscriptionis.

Per replicam metus non eliditur, si quidem metum ab initio passus deinde per tempus lege definitum cogenti sponte paruit, nec apud superiorem de vi sibi facta questus est. 821

Exceptio rei iudicatæ.

Locum habet, quamvis actio a priore diversa instituatur, dummodo eadem caussa agendi subsit. 787
Datur reo, in processu exsequutivo absoluto, & deinde ordinarie convento. 789

Quænam requirantur, ut locum inveniat? ibid.

Exceptio spolii.

In possessorio summariissimo locum non habet. 699
Etiam in processu cambiali locum habet. 700
Tunc locum non invenit, quando super spolio illo lis in alio iudicio iam pendet. 701
Pro liquida non habetur, nisi intra quindecim dies probetur. 703
Vbi non sufficit, probari factum ablationis, sed probari etiam oportet possessionem spoliati. ibid.
Exceptio spolii illiquida non reiicienda est simpliciter, sed simultaneo processu tractanda. ibid.

Exceptio suspecti collegæ.

Exceptio suspecti collegæ, legitime opposita, hunc macula quodam adspergit. 301

Exceptio vitii visibilis.

Actioni ex *L. ult. C. de Edict. D. Adrian.* obstat. 643
Exemplum eiusmodi vitii visibilis. ibid. sq.

Exsecutio.

In stipendium militis fieri nunquam debet, etsi alia bona deficiant. 440
Exsecutio in stipendium militis ne tunc quidem permittitur, quum miles per eam a servitio reipublicæ penitus non abstrahitur. ibid.
Nec in aliorum officialium publicorum stipendia fieri potest; quin ne quidem in stipendia officialium privatorum. 442
In beneficium & stipendium clerici fieri potest, cui saltem necessaria alimenta relinquenda sunt. ibid.
Pignus publicum tribuit, & impetrantem omnibus privatum saltem pignus, etsi antiquius, habentibus præfert. 445
Etiam ficte, per longam brevemque manum, item, per symbolum fieri potest. 446
Contra exsecutionem simplex protestatio alterius creditoris non attenditur, nec effectus eius impedit. ibid.
Pignoribus anterioribus non præiudicat. 448
Exsecutio, quam debitor resistendo impedivit, pro facta habetur. 449

Expensæ iudiciales.

Præcipua malorum in concursibus creditorum caussa sunt. 483
In concursibus, quantum potest, sunt minuendæ. 486
An in concursibus creditorum ex corpore bonorum decerpantur, an vero his solis creditoribus, ad quos solutio pertingit, imputentur, ac pro rata deducantur? 488
Ad expensas totius litis ferendas in petitorio damnari potest is, qui

qui in possessorio victoriam reportavit. 632
Qui ex facto illicito convenitur, sed præscriptionem obtendit, absolvitur quidem, sed in expensas condemnatur. 802
Vid. infr. *Sumtus.*

F.

Factum.

Factum correi correo alteri & nocet & prodest. 861

Factum alienum.

Factum alienum promisisse, nemo præsumitur. 489
Qui factum alienum promittit, nec de iure civili, nec de iure naturali obligatur. 853
Factum alienum simpliciter promittens eatenus saltem obligatur, ne ipse quid contra faciat. 855
Qui operam suam vel curam in facto alieno promittit hac præstita liberatur, etsi nihil effecerit. 857

Factum dubium.

Facta dubia ad delegationem inducendam non sufficiunt. 907

Facultas testamenti mutandi.

An ob testamentum reciprocum impediatur? 107

Fera bestia.

Fera bestia vulnerata, nondum tamen in potestatem vulnerantis redacta, nondum est occupata, sed persequenti ab alio eripi potest. 3
Feræ bestiæ naturaliter non sunt res nullius, sed in eorum, in quorum prædiis vagantur, dominio. 19
Quo iure in feras bestias principes sibi dominium adscripserint. 20. sqq.
Qui feram bestiam, in fundo alieno, contra domini, vel legis, prohibitionem, capit, dominium eius nullo iure consequitur. 22
Ferarum nocivarum occupatio privatis non recte interdicitur. 23. sq.
Qui feram bestiam in suo fundo excitat, fugientem continuo cursu persequi in alienum fundum potest; dominus tamen fundi, in quo persecutio fit, præoccupare feram potest. 37

Ferum esse.

Quid significet? 19

Feudum.

Per præscriptionem tricennalem & constituitur, & dissolvitur. 182
An ob omissam investituræ renovationem simpliciter amittatur, nullo habito respectu, utrum dolo, an culpa omissio facta sit? 354

Fideiussio.

In fideiussione consensus quibuscunque verbis vel factis declarari potest. 864
Valet, quamvis partes nihil de ea dixerint, sed aliud plane con-

contractus nomen formamque adhibuerint. ibid.
Fideiussio indemnitatis, & promissio indemnitatis toto cælo differunt. 873
Ex fideiussione defuncti heredes etiam ignari obligantur. 876
Stricta fideiussionum interpretatio iuris naturalis est, atque adeo adhuc hodie locum invenit. 880

Fideiussor.

Qui pro impensis funebribus debitoris obærati fideiussit, conveniri nequit, si solutio ex concursu fieri possit. 506
Pro debito, cuius summa tempore fideiussionis adhuc incerta est, recte intercedit. Nequit tamen ex ista fideiussione, etsi in solemne instrumentum redacta, exsequutive conveniri, sed quantitas a creditore ordinarie probanda est. 868
Ad quam probationem sola confessio debitoris non sufficit. 869
Fideiussores pro dote, & ceteris obligationibus matrimonialibus licite interveniunt. 870
Quid sit fideiussor indemnitatis? 874
Hodie inter fideiussorem indemnitatis & fideiussorem simplicem nullum superest discrimen. ibid.
An fideiussor indemnitatis beneficium divisionis, si ei renunciaverit, habeat? 875
Fideiussoris, qui pro futuro debito intercessit, heres obligatur, etsi debitum demum post fideiussoris mortem cœperit. 876
Ad usuras, de quibus, tempore contracti debiti & initæ fideiussionis, nihil dictum fuit, haud obligatur. 880
Fideiussor officialis nec ad mulctam, nec ad sumtus iudicii obligatur. 882
Fideiussor, qui se ad omnem caussam obligat, & ad usuras, & mulctas, & sumtus litis obligatur. 884
Fideiussor, qui se tanquam debitorem principalem obligat, in omnem caussam fideiussisse censetur. 885
Simplex fideiussor, etsi non ad usuras, tamen ad fructus obligatur. 886
Præscriptione se tueri non potest, quamdiu actio contra debitorem salva est. 888
Beneficium excussionis tunc non habet, quando lis cum debitore principali multis difficultatibus innexa est. 889
Qui una cum alio, sive femina, sive minore, sive absente, cuius obligatio inutilis est, fideiubet, in solidum obligatur, nisi saltem pro virili parte fideiussit. 893

Fides.

Dictum Pauli: Quicquid non ex fide eſt, peccatum eſt; proprie de conſcientia, ſeu certo animi iudicio agit, atque ſaltem ab interpretibus ad fidem ſalvificam extenditur. pag. 166

Fiſcus.

Quomodo differat ab ærario, & patrimonio principis. 190

Fiſco prætextus ignorantiæ contra quadragenariam præſcriptionem non prodeſt. 194

Contra quadragenariam præſcriptionem in integrum reſtituitur, non tamen ultra quadriennium. ibid.

Quando ratione reliquorum cum his, qui pecuniam ſuam in ſolutionem tributorum crediderunt, concurrit, primo loco ponendus eſt. 500

Fiſcus creditor & non adquiſita revocat, & id, quod uni ex ceteris creditoribus etſi ante concurſum ſolutum ſit, recte condicit. 613

Flumen publicum.

Flumina publica regalia ſunt. 658

Civibus provinciæ, per quam flumen decurrit, liberum in eo commercium competit. 659

Civitates quædam vel privati, ſocietate aut pactis invicem initis, commercium in flumine publico ſibi ſolis adſcribere, & alios ab eo excludere nequeunt. ibid.

An fluminis publici curſum ad avertendas ab agro noſtro inundationes mutare, & in agros vicinos cum horum detrimento derivare liceat? 668

Forma fundi.

Formam fundi ſui mutare, res meræ facultatis eſt. 261

Formam fundi ſui mutare etiam illi permittitur, in cuius prædio extraneus aliquod ius habet, ſiquidem hoc ius per eam non imminuatur. ibid.

Franci.

Franci veteres ius formularium habuerunt, ſed iudicem in ferenda ſententia ad libellum nunquam adſtrinxerunt. 317

Fraus.

Si contractus oneroſus in fraudem creditorum celebratus, & uterque contrahens fraudis conſcius fuerit, fraus utriusque in libello allegari, &, ſi negetur, probari debet; ad quam probationem ſufficiunt utrobique indicia. 588

Fructus.

An fructus, in ſententia omiſſi, ſeparatim peti poſſint. 117

Si fructus adiudicentur, nec terminus a quo adiiciatur, a iudice peccatur. ibid.

Fructus conſumti.

A bonæ fidei poſſeſſore, quamvis ex iis locupletior ſit factus, non reſtituuntur. 109

Fructus, etiam poſt litem conteſtatam

Digitized by Google

testatam percepti & consumti a bonæ fidei possessore non restituuntur, siquidem per litis contestationem in mala fide constitutus non sit. pag. 111

Fructus percepti.

Fructus percepti omnes a venditore, cui emtor, ob moram, in usuras pretii non soluti damnatus est, si ex illis locupletior factus sit, restituuntur, etsi ipse rem bona fide & ex iusta caussa retinuerit. 113

Is etiam ex fructibus perceptis locupletior factus censetur, qui patrimonium suum non auxit, sed saltem non imminuit. ibid.

Ad fructus restituendos damnatus, si, plus se impendisse in fructus, quam lucratum esse, probet, nihil restituit. Id tamen, quod amplius impendit, non repetit. 115

A malæ fidei possessore etiam supra alterum tantum, & rei restituendæ valorem, sunt restituendi. 117

Fructus sylvestres.

Vtrum ad eum, qui venandi & forestæ iure gaudet, an ad sylvæ dominum pertineant? 39

Fur.

Rem furtivam nunquam acquirit. 186

G.

Germani.

Germani veteres venationem cuilibet ingenuo in suo fundo permiserunt; rusticos tamen, cives oppidanos, & clericos ab ea excluserunt. 25

Germani veteres ius formularium habuerunt, sed iudicem in ferenda sententia ad libellum nunquam adstrinxerunt. 317

Gladius.

Gladio, palliove uti, res meræ facultatis est. 247

Glandium & saginandi ius.

Iuri venandi adnexum non est, sed ad dominum sylvæ spectat. 39

H.

Heres.

Heredes venditoris rem, ab hoc venditam, sed nondum iudicialiter resignatam, vindicare nequeunt. 85

Heres possessionem prædii hereditarii ea mente & cogitatione, ut & cetera prædia hereditaria possidere velit, adprehendens, horum tamen possessor non efficitur. 134

Heres, qui res hereditarias per magistratum obsignari curat, hoc ipso possessionem hereditatis adipiscitur. ibid.

Ex defuncti fideiussione heredes etiam ignari obligantur. 876

Fideiussoris, qui pro futuro debito intercessit, heres obligatur, etsi debitum demum post fideiussoris mortem cœperit. ib.

Homicidium.

Nulla præſcriptione aboletur. pag. 799.

Homines proprii.

Derelinquuntur a dominis, qui cum iis tanquam liberis hominibus diu vivunt. 62

Hypotheca.

Exſtinguitur per ſubhaſtationem legitime factam, & adiudicationem ſecutam. 459

Emtore pretium non ſolvente, hypothecæ, etiam poſt ſubhaſtationem & adiudicationem, ſalvæ manent. ibid.

An hypotheca in re vendita, ratione pretii, extraiudicialiter conſtituta, hypothecis iudicialibus, a debitore conſtitutis, præferatur? 512

Hypotheca, venditori ratione pretii etiam iudicialiter reſervata, poſtponitur pignoribus omnibus, quæ ante venditionem prædio inhæſerunt. 514

Hypotheca, coram tribus teſtibus conſtituta, publica eſt, & hypothecam iudicialem tempore poſteriorem vincit. Neceſſe tamen eſt, ut inſtrumentum a tribus teſtibus ſit ſubſcriptum. 521

I.

Ignorantia.

Poſt lapſum triginta annorum allegari nequit. 158

Allegari nequit intra triginta annos, ſi apparet, quem in inveſtigando iure ſuo negligentem fuiſſe. ibid.

Prætextus ignorantiæ fiſco contra quadragenariam præſcriptionem non prodeſt. 194

Ignorantia iudicis præſcriptionem delictorum non impedit. 793

Imago.

Imaginem alicuius adſervare, adfectionis indicium eſt, & aliquando adſervantem ſuſpectum reddit. 99

Impenſæ.

Quales impenſæ in ſolo alieno ædificanti ſint reſtituendæ? 88 ſqq. 91 ſqq.

In actione funeraria contra heredes multæ impenſæ admittuntur, quæ in concurſu creditorum repelluntur. 504

Imperium.

Quomodo a dominio differat? remiſſive. 11

Impetrans.

Impetrans arreſtum, ſi iniuſte hoc fecerit, ad omne intereſſe tenetur. 433

Inceſtus.

Inceſtus & adulterium ſeparatim quinquennio, coniunctim vicennio excluduntur. 798

Incola.

Ad aggerum munitionem non ſoli fundorum poſſeſſores, ſed incolæ etiam ſimplices obligantur. 757

Digitized by Google

Indemnitas.

Fideiussio indemnitatis, & promissio indemnitatis toto cælo differunt. pag. 873

Indicium.

Indicium, quod contractus in fraudem creditorum sit celebratus, est, quando quis a debitore, quem solvendo non esse scit, rem emit. 588

Inhibitiones.

Inhibitiones & mandata nostra cum antiquissimis interdictis conveniunt. 619

Dantur sine caussæ cognitione ad narrata petentis. ibid.

Non transeunt in rem iudicatam, sed semper revocari possunt. ibid.

Non sufficiunt ad probationem possessionis. ibid.

Iniuria.

Per hoc, quod quis titulum regni, provinciæ, urbis, prædii, secundum stylum receptum alicui tribuit, possessori & domino eius regni &c. iniuria nulla fit. 266

Instrumentum.

Traditis instrumentis, ad rem pertinentibus, res ipsa tradita censetur. 71

Traditio instrumenti, de præsente contractu confecti, non sufficit. ibid.

Instrumenti recentioris traditio tunc ad transferendum dominium sufficit, quum ea hoc animo in re præsente fiat. 72

Instrumenta clara probationem liquidam faciunt. 780

Insula.

Cui acquirantur insulæ, in flumine publico natæ. 670

Interdicere.

Idem est, quod processum possessorium instituere. 617

Interdicta.

In vetere Romanorum republica idem erant, quod apud nos mandata cum et sine clausula. 167

Ab imperatoribus in actiones fuerunt mutata. ibid.

Interdictum, ne quid in via publica fiat.

Adhuc hodie populare est. 653

Datur tunc, quum via publica ædificando arctior reddita est, tametsi actor, sua peculiariter interesse, non doceat. 653

Datur non solum ad opus futurum inhibendum, sed & ad perfectum iam tollendum. ibid.

Datur etiam contra ecclesiam & pium locum. ibid.

Locum etiam habet in viis vicinalibus. ibid.

Interdictum quorum bonorum.

Est summe æquum. 634

Adhuc hodie in usu est; quod exemplis probatur. ibid.

Heredi etiam partiario contra coheredem datur. 637

Non aliter tamen, quam si ius

eius

Digitized by Google

eius liquidum, & contradictio adversarii altioris indaginis sit. ibid.
Interdictum quorum bonorum, & remedium *Legis ult. C. de Edict. D. Adriani toll.* prorsus conveniunt. 639
An iure Saxonico novo sit sublatum? 652

Interdictum Salvianum.

In interdicto Salviano probationes & exceptiones altioris indaginis non admittuntur, sed in petitorium reiiciuntur. 762
Hoc discrimen inter actionem hypothecariam & interdictum nostrum adhuc hodie superest. ibid.
In interdicto Salviano ex exceptiones, quæ ex natura negotii & ex ipso instrumento obligationis fluunt, etsi altioris indaginis sint, locum inveniunt. 763
Huc pertinent exceptiones excussionis, item non impleti contractus ibid.
Non solis locatoribus prædiorum rusticorum, sed omnibus creditoribus datur. 767

Interdictum unde vi.

Contra quem detur? 684
Ad processum possessorium summariissimum non pertinet 694

Interveniens.

Tertius interveniens etiam in possessorio summariissimo admittitur; non tamen tunc, quando ex iure petitorii intervenit. 731

Introductio religionis.

Introductio simultanei religionis exercitii in templa, a diversæ religionis hominibus solum possessa, spolium est. 681

Interpretatio.

Stricta fideiussionum interpretatio iuris naturalis est, atque adeo adhuc hodie locum invenit. 880

Inventio.

Inventio rerum mobilium adhuc hodie modus acquirendi dominii privatus est. 43
An inventio thesauri sit modus acquirendi dominii? 44. sqq.

Inundatio.

Possessionem tollit, dominoque ius piscandi in agro inundato adimit. 663

Iudex.

Prædia deserta ei, qui se illa suscepturum & culturum profitetur, sine omni solemnitate, aut prævia subhastatione addicere potest. 53
Peccat, si fructus & usuras simpliciter adiudicet, nec terminum a quo adiiciat. 117
In processu ordinario conclusionem in caussa omittere non debet. 280
Ante inrotulationem acta complere, atque iisdem omnia, quæ ad decisionem caussæ, etiam indirecte, pertinent, si

una pars hoc desideret, addere debet; quo neglecto, sententia nulla est. pag. 284
Peccat, si acta ad collegium, ab altera parte exemtum, mittat. 286
Iudex, qui contra protestationem acta ad collegium exemtum transmisit, puniri, & ad interesse conveniri potest. 287
Petitionem partium, in conclusione factam, impune negligit, atque ultra, quam submissum est, aliquando iuste iudicat. 288
In concipiendis sententiis interloquutiones, quantum potest, evitare, atque definitive iudicare debet. 297
Potest, etsi partes contra protestentur, definitive iudicare. ib.
Male facit, & suspectum se quodammodo reddit, si, quum alteruter litigator acta ad collegium iuridicum mittere petit, ipse pronunciat; sententia tamen lata propterea nulla non est. 305
Secundum dispositionem iuris iustinianei contra, vel ultra libellum iudicare potest. 312 sqq.
Id quod etiam procedit iure canonico. 316. sqq.
Quali potestate gaudeat circa libellos ineptos? 325. sqq.
Potest libellum ordinarium in summarium convertere. 328
Potest secundum libellum mutatum iudicare, etsi mutatio post litis contestationem facta, nec expensae restitutae sint. 339
Potest supplere id, quod actor minus petit, etiamsi hic libellum non emendaverit. 342
In actione privatoria emphyteuseos & feudi saepe utriusque partis petitiones negligit. 350 & 354
An in condemnatione debitorum nonnunquam a libello & petitione creditoris recedere possit? 355
An in actione iniuriarum hoc ipsi licitum sit? 356
Potest in accusationibus & actionibus criminalibus, spreta accusatoris petitione, poenam, quam lubet, decernere. 357
Potest actorem condemnare. ib.
Contra conclusionem in caussa, seu submissionem iudicare potest. 358
Plane aliud, quam quod in contractu promissum, & libello petitum fuit, adiudicare potest. 305
Sententiam, a collegio iuridico obtentam, nec corrigere, nec mutare, nec totam, aut partem eius supprimere licet. 362
Nec tunc quidem, quum ad sui informationem ICtos consuluit, a consilio recedere potest. ibid.
Sententiam, quae aperte cum iure pugnat,

Digitized by Google

pugnat, revocare poteſt, ſive ipſe eam conceperit, ſive a collegio iuridico impetraverit. pag. 362
Contumaci copiam ſententiæ mittere non eſt obligatus. 366
Iudex, qui, neglecta probatione, debitum certum, & periculum in mora eſſe, arreſtum decernit, tanquam ſuſpectus recuſari poteſt. 431
Iudex, alibi habitans, ob iter ad locum iudicii, in quo concurſus agitatur, faciendum, poſcere nihil poteſt. 486
Ad ſolas creditoris preces in bonis debitoris abſentis pignus valide non conſtituit. 606
In poſſeſſorio momentaneo ea ſola obſervat, quæ de iure naturæ ad indagandum verum neceſſaria ſunt. 718
In poſſeſſorio ſummariiſſimo teſtes, quos examinat, de circumſtantiis facti & ratione ſcientiæ ex officio interrogare debet. 727
Si id non fecit, probatio reiicitur, atque melior imponitur. ibid.
In poſſeſſorio ſummariiſſimo reprobationem nec decernit, nec exſpectat, ſed ſponte oblatam recipit, nec proteſtationem de ea reſervanda attendit, niſi proteſtanti mora nulla imputari poſſit. 728
Ex æquitatis ratione eum, qui precarium huc usque conceſſit, damnare poteſt, ut id porro concedat. 756

Iura ſingularia.

Iura ſingularia de laudemio & emphyteuſi ſtatuta ad ſuperficiem non pertinent. 737

Iurisdictio.

Quousque iure Saxonico in vias publicas magiſtratibus competat? 657
A magiſtratibus inferioribus, etiam in Saxonia, omnimoda in vias publicas iurisdictio præſcriptione acquiri poteſt, non alia tamen quam immemoriali. 658

Iurisprudentia formularia.

A Conſtantio Imperatore ſaltem quod ad litigantes ſublata eſt, magiſtratus vero iam tum in libera republica poteſtatem ex animi ſui ſententia iudicandi habuerunt. 310

Ius cogendi & prohibendi.

Ius cogendi & prohibendi actibus meræ facultatis contrarium, eſt odioſum, atque adeo reſtringendum. 238
Tunc tamen, quum boni publici cauſſa introductum eſt, pro favorabili habetur, atque interpretationem extenſivam admittit. ibid.

Ius compaſcendi.

Solo non uſu in agris propriis non amittitur. 263

Ius coquendi cerevisiam.

Quatenus per leges & consuetudines non est restrictum, est res meræ facultatis, & non usu non amittitur. pag. 236

Ius eligendi.

An sit res meræ facultatis? 263

Ius ex cambio arrestandi.

Ius, personam debitoris ex cambio persequendi & arrestandi, moto concursu & per sententiam præclusivam, haud perimitur. 554

Ius ex contractu competens.

Non est res meræ facultatis. 244

Ius suffragii.

In Comitiis Germanicis, tempore Taciti, fuit res meræ facultatis, sed hodie privilegium & singulare est. 241

Ius glandium & saginandi.

Iuri venandi adnexum non est, sed ad dominum sylvæ spectat, nisi contrarium lege aut consuetudine alicubi stabilitum sit. 39

Ius in re.

Qui precario rem se ab altero tenere dicit, eo ipso alterius ius in re, quam tenet, agnoscit. 760

Ius monetandi.

In Germania non est pars superioritatis, sed reservatum Imperatorium. 929

Per prodiga Imperatorum privilegia nimium multis communicatum, & ab his, qui id a Cæsare obtinuerunt, iterum aliis cessum, vel commodatum fuit. 929. sq.

Ius patronatus.

An sit res meræ facultatis. 363

Ius piscandi.

Qui ius piscandi in parte fluminis vel stagni habet, eam partem retibus machinisque obstruere, atque pisces, ne elabantur, impedire potest. 672

Is, qui ius piscandi in flumine habet, nihil piscationis caussa facere potest, quod liberæ navigationi noceat. 674

Is, qui ius piscandi intuitu certi prædii habet, ex alio prædio piscari nequit. 676

An quis ius piscandi in flumine publico per præscriptionem immemorialem adquirere, eaque se contra principem tueri queat? 679

Vid. infr. *Piscatio.*

Ius prælationis.

Qui ad emendum credidit, ius prælationis non aliter consequitur, quam si hypothecam sibi 1. expresse, 2. statim, 3. legitime stipuletur, atque res vere pecunia eius fuerit comparata. 511

Ius protimeseos.

Creditori in sola subhastatione competit, non etiam quando bona debitoris privatim venduntur. 453

Ius

Digitized by Google

Ius retentionis.
Per subhastationem & adiudicationem exspirat. pag. 459
Ius venandi.
Ad acquirendum ius venandi, si inter privatos lis sit, præscriptio longi temporis sufficit. 30
Quod secus Iure Saxonico. ibid.
Contra principem præscriptione immemoriali acquiritur. ibid.
Ius venandi nec regale esse, nec præscriptione immemoriali opus habere, quidam contendunt; quibus respondetur. 34
Iusiurandum.
De iure communi curatori concursus a creditoribus deferri & a iudice imponi potest. 563
Iure Saxonico curatori concursus a creditoribus deferri nequit, a iudice vero imponi potest. ibid.
Iusiurandum suppletorium.
Etiam in probatione liquida admitti potest. 780
Ius sibi ipsi dicens.
Iure, quod habuit, excidit, & si nullum habuit, æstimationem rei præstare compellitur. 706
Hæc pœna adhuc hodie in usu est. ibid.
Iussus.
Iniustus iudicis iussus pro iusto titulo haberi nequit. 174
Iustitium.
Iustitium esse potest, etsi iudicia sint aperta. 272

L.

Lapides finales.
Possessorem non constituunt in mala fide. 153
Lex.
Lex nova, qua creditor aliquis aliis omnibus anteponi iubetur, beneficium separationis non excludit. 543
Lex permissiva.
Contra legem permissivam præscriptione immemoriali opus non est. 222
Lex prohibens.
Contra legem prohibentem præscriptioni immemoriali locus est. 219
L. 2. C. de Privatis Carcerib.
Spuria est, & Codici nostro per errorem inserta. 710
L. 109. de R. I.
Huius legis vera lectio indagatur. 850
Libellus.
In delatione iurisiurandi non attenditur. 347
Libello replicam inseri, nunquam est necessarium. 774
Libellus ineptus.
Quid circa libellos ineptos obtineat? 325. sqq.
Liberi.
Liberi, quibus aliquid quocunque modo est adscriptum, præteriti non censentur, sed, herede in possessionem misso, actionem suppletoriam instituunt. 649

Liber-

Libertas.

An præscriptione XXX annorum contra Imperium Romano-Germanicum adquiri possit? pag. 187

Libertas naturalis.

A principe per privilegium vel literas investituræ tolli non debet. 257

Si tamen id fiat, parendum quidem est, curandum autem, ut istiusmodi privilegium commoda interpretatione vel emolliatur, vel infirmetur. 258

Libri.

Si edicto publico omnibus mercibus vectigal sit impositum, an libri eximantur? 99

An præscriptioni immemoriali obstent? 211

Lis mota.

Lis, possessori in iudicio mota, interrumpit præscriptionem, etsi ad finem perducta non sit. 274

Tunc præscriptioni non obstat, quum possessor ab ea absolutus fuit. ibid.

Litigator.

Litigator, legitime ad inrotulationem citatus, si defectum actorum non animadvertit, sententiam deinde tanquam ad acta mutila latam, oppugnare nequit. 285

Singulis litigatoribus licet, in inrotulatione actorum contra tria collegia iuridica protestari. 286

Litigatores post conclusionem in caussa responsa iuridica actis addere possunt, non etiam alia, quæ ad caussæ decisionem aliquid momenti adferre possunt, e. gr. tabulas genealogicas, ichnographicas, &c. 288

Litigatores tunc, quum caussa in collegio referenda, & sententia concipienda est, membrum aliquod tanquam suspectum recusare, utque id suffragium nullum ferat, postulare possunt. 301

Litigator, qui assertionibus adversarii in iudicio non contradicit, eas fateri censetur. 414

Litis contestatio.

Casus, quibus litis contestatio bonam fidem non tollit. 111

Litis contestatio eventualis.

A reo exceptionibus dilatoriis, etsi liquidæ sint, subiici debet. 768

Subiicienda est etiam exceptioni libelli inepti, etsi legitime oppositæ. ibid.

Exceptionibus declinatoriis oppositis omitti potest. ibid.

Loca palustria.

Loca palustria vacua non vicinis, sed cuilibet occupanti cedunt. 662

Loca sacra aut pia.

Loca sacra aut pia derelicta & vacua

Digitized by Google

vacua impune ad usus privatos transferuntur. pag. 60

Locatio conductio.

Iure communi, orto concursu, ex utraque parte servari debet. 548

Ius Saxonicum novum creditoribus, moto concursu, locationem rescindere permittit. ibid.

An Iure Saxonico conductor, orto concursu, a conductione recedere possit. ibid.

Locupletior factus.

Ex fructibus perceptis etiam is censetur, qui patrimonium suum non auxit, sed saltem non imminuit. 123

Locus solutionis.

Locus solutionis, si nihil aliud conventum sit, est domicilium creditoris. 921

Quum aestimatio & mensura rei solvendae diversa est, locus solutioni destinatus spectatur. ib.

Tunc tamen locus, in quo contractum fuit, attenditur, quando partes diversitatem mensurae in loco solutionis ignorarunt, aut de ea non cogitarunt. ibid.

Luitio pignoris.

Ad res merae facultatis referri nequit. 244

M.

Magistratus.

Magistratus, qui precatur, ubi iubere poterat, potestatem suam non minuit, nec id, quod rogat, arbitrarium precariumque facit. 753

Malae fidei possessor.

Ad restitutionem fructuum perceptorum etiam supra alterum tantum & rei restituendae valorem recte damnatur. 117

An talis sit is, qui rem alienam publice sub hasta emit, cuius venditio ob omissa solemnia aperte nulla est? ibid.

Rem furtivam nunquam acquirit. 186

Mala fides.

An quis per contradictionem illius, qui rem postea evincit, eo tempore, quo primum possessionem nanciscitur, factam, in mala fide constituatur? 109

Quibus in casibus per litis contestationem non inducatur? 111 sq.

Scientia iuris alieni, post completam usucapionem, superveniens, non est mala fides, nec usucapionem rescindit. 164

Mandata.

Mandata nostra & inhibitiones cum antiquissimis interdictis conveniunt. 619

Dantur sine caussae cognitione ad narrata petentis. ibid.

Non transeunt in rem iudicatam, sed semper revocari possunt. ib.

Non sufficiunt ad probationem possessionis. ibid.

Mandatis iniustis, etsi sine clausula

la datis, exceptio ſub- & obreptionis recte opponitur. p. 621
Si ſuperior mandatum, poſt allegatas excuſationes, iterat, ſimpliciter parendum eſt. ibid.

Mandatum magiſtratus.

Mandatum magiſtratus, ſine cauſſæ cognitione datum, vires rei iudicatæ non conſequitur. 249
Tale mandatum poſſeſſionem libertatis haud intervertit. ibid.

Mandatum principis.

Iniuſtum principis mandatum præſcriptionem non fundat. 174

Mandatum procuratorium.

Mandatum, ut creditor rem vendat, atque ex pretio ſibi ſatisfaciat, differt a datione in ſolutum. 967

Maritus.

Eſt legitimus uxoris procurator in bonis dotalibus, paraphernalibus, ac receptitiis. 385

Matrimonium.

Matrimonium cum perſona diverſæ religionis inire, eſt res meræ facultatis. 263

Membra civitatis, vel univerſitatis.

Ceſſione bonorum a civitate, vel univerſitate facta, membra earundem, etſi ditiſſima, amplius conveniri non poſſunt. 430

Merces.

Merces quaslibet vendere, res meræ facultatis eſt. 252

Merces famulorum, Miethlohn.

Quænam requirantur, ut in prima claſſe creditorum collocetur? 508

Metus.

Is, cui princeps vel iudex exſequutionem minatur, in iuſto metu eſt, etſi ipſam exſequutionem non exſpectat. 812

Metus iuſtus.

Inepte definitur, quod ſit, qui in conſtantem virum cadit. 809

Miles.

Fideiubere prohibetur. 866
Hæc prohibitio hodie non eſt ſublata. ibid.

Minor.

Contra alienationem prædii ſui, etſi iudicialis reſignatio acceſſerit, in integrum reſtitui poteſt, ſi magna læſio appareat. 87
Contra minorem præſcriptio ordinaria dormit, non etiam præſcriptio longiſſimi temporis. 264
Minor, maior factus, res ſibi, durante minore ætate, ablatas, intra ordinaria tempora vindicare poteſt, nec quinquennio excluditur. ibid.
An contra ſubhaſtationem, legitime factam, reſtitutionem in integrum habeat? 458
Minores, & qui iura eorum habent, in concurſu creditorum præcluſi, brevi manu in integrum reſtituuntur, refuſis tamen expenſis, quibus reſtitu-

ſtitutio illam cauſſam dedit. pag. 553

Miſſio in poſſeſſionem.

Miſſionem heredis inſtituti in poſſeſſionem impediunt vitia teſtamenti viſibilia, non inviſibilia. 649

Molendinum.

Molendino uti res meræ facultatis eſt. 249

Molendinum ad flumen publicum in fundo ſuo exſtruere, etiam ſine principis conceſſione privatus quilibet poteſt, niſi lege publica prohibeatur. 669

Moneta.

Hiſtoria monetaria Germaniæ paucis exponitur. 929

Monetæ corruptio unde oriatur? 930

De uniformi moneta in imperio conſtituenda diu fruſtra laboratum, tandem res anno 1559. perfecta, atque moneta imperialis ſeu colonienſis ſtabilita. ibid.

Moneta imperialis, ſeu colonienſis per Kipperos & Wipperos interrupta fuit; in cuius locum anno 1667. Zinnenſis, & anno 1690. moneta Lipſienſis ſurrogata eſt. ibid.

Quando monetæ bonitas ſive extrinſeca, ſive intrinſeca univerſaliter mutatur, ſolutum ſemper in ea moneta, quæ tempore contractus valuit, atque in eo, quo tunc fuit, valore facienda eſt. 940

Quæ regula non in mutuo ſolum, ſed in omnibus omnino negotiis locum habet. ibid.

Regula, quod poſt mutationem monetæ tempus contractus inſpiciendum ſit, tunc ceſſat, quum moneta non generaliter, ſed aliquod ſaltem numorum genus mutatum fuit. 941

Solutio in moneta paulo ante reprobata fieri nequit; imo ne quidem in moneta adhuc proba, ſed mox reprobanda. 945

Moneta falſa.

Reges quidam & principes tam exteri, quam Germani, falſam monetam tanquam regale quoddam exercent, atque per hoc maximam in re monetaria confuſionem frequentesque mutationes excitant. 926

Monetandi ius.

Vid. ſupr. *Ius monetandi.*

Mortuus.

Pro mortuo reputatur, quoad rem derelictam, is, qui illam dereliquit. 57

Mutuum.

Mutuum gratuitum in concurſu creditorum in quarta claſſe collocatur. 527

N.

Negligentia.

An negligentiæ pœna ſit fun-

damentum præscriptionis? pag. 147

Negligentia colonorum, servorum, procuratorum, hominum propriorum, nocet absenti. 150

Nobiles.

Si Ius venandi sibi arrogant, eius adquisitionem docere necessum habent. 27

Nomen.

Nomen solum & titulus retentus, si nulla alia argumenta adsint, præscriptionem non impedit. 266

Retentio veteris nominis nec inter privatos præscriptionem impedit. 269

Solum nomen non est certum originis argumentum. ibid.

Quum duo de nomine litigant, solvendum est ei, qui chirographum possidet, præstita, si periculum appareat, cautione. 926

Non usus.

Solus non usus, etsi per multos annos continuatus, neminem a commercio excludit. 659

Novatio.

Traditioni per brevem manum novatio aliqua inest, & prior obligatio per eam perimitur. 75

Novationibus alienatio inest. 896

Novatio, ab administratoribus rerum ecclesiasticarum facta, irrita est, nisi evidens sit ecclesiæ utilitas. 896

Ad novationem non verba præcise requiruntur, sed facta etiam, quibus voluntas priorem obligationem remittendi declaratur, sufficiunt. 900

Sola veteris chirographi renovatio non est vera novatio. 902

Per acceptationem novi instrumenti tunc inducitur, quando prius chirographum simul restituitur, aut laceratur. 903

Tunc nec retentio veteris chirographi novationem impedit, quando obligationes vetere & novo instrumento comprehensæ sunt contradictoriæ. 904

Nummi.

Qui reprobos nummos tunc, quum illi publice valerent, accepit, & tanquam probos expendit, eosdem, si postea reprobentur, vel infra antiquum valorem ponantur, restituere secundum tempus contractus non potest. 941

Nummi aurei.

Nummorum aureorum bonitas intrinseca, anno 1559. constituta, ad nostra usque tempora perduravit; sed valor extrinsecus in immensum crevit. 930

Nummi aurei, quorum in antiquis documentis mentio fit, non ex præsente valore, sed ex antiquo æstimantur. ibid.

Nun-

Digitized by Google

Nundinæ.

Solum nundinarum privilegium non usu decennii exspirat. p. 185

O.

Obligatio.

Traditioni per brevem manum novatio aliqua inest, & prior obligatio per eam perimitur. 75

Obligatio perfecta exinde, quod quis officium suum hucusque non nisi rogatus fecerit, in precarium non mutatur. 757

Omnis obligatio ad heredes & successores transit, nisi in stipulatione evidenter excepti sint. 840

Mutata rerum facies tollit obligationem, siquidem liquido apparet, eum, qui recedere vult, si ab initio præsentem statum vidisset, contracturum non fuisse, ac præterea nihil imputari ei posse. 842

Mutatio rerum, quam pacifcentes facile ab initio prævidere cavereque potuerunt, non tribuit iustam recedendi ab obligatione caussam. 845

Mutatio unius ex præcipuis circumstantiis non quidem obligationem totam perimit, efficit tamen, ut ea temperanda & ad præsentem statum accommodanda sit. 846

Omnis obligatio in aliam mutari potest, commodissimum tamen est, ut mutuum substituatur. 898

Qui ex obligatione substituta convenitur, litem negative contestari, aut iusiurandum sibi super ea delatum præstare nequit. ibid.

Obligatio correalis.

Quotuplici modo constituatur? 860

Vbi nec conventio, nec testamentum, nec delictum, nec lex adest, correalis quoque obligatio cessat, & singuli promittentes saltem pro rata obligantur. ibid.

Occupans.

Occupans agrum incultum, si principi imperium & superioritatem in eum intervertere intendat, in crimen læsæ maiestatis incidit. 14. sqq.

Is, qui rem sibi promissam, non exspectata traditione, occupat, peccat, & amissione iuris sui punitur. 70

Occupatio.

Vulgata occupationis definitio exploditur, & melior substituitur. 1. sqq.

Quomodo vulgo definiatur? 1

Quænam in vulgata occupationis definitione desiderentur? 2

Quomodo sit definienda? 3

Ad occupationem nec animus, nec visio, nec signa sufficiunt. 4

Digitized by Google

Occupatio rerum immobilium incultarum privatis adhuc hodie patet; nec princeps in eas dominium habet, sed imperium saltem. pag. 10 sqq.
Quot occupationis sint species? 10
Occupatio ferarum nocivarum privatis non recte interdicitur. 23
Occupatio prædii, ab initio vitiosa, per derelictionem domini convelescit. 50

Officium publicum.

Decoctorem a carcere non liberat. 427

Onera.

Per subhastationem onera, ipsi rei perpetuo inhærentia, non exstinguuntur. 459
Illa onera, quæ magistratibus inferioribus præstantur, si publicam utilitatem spectent, inter tributa referuntur. 494
Onera, quæ peculiariter ab uno cive ex contractu vel præscriptione præstantur, ad tributa referri nequeunt. ibid.

Operæ rusticæ.

Ius operarum rusticarum non est res meræ facultatis, sed præscriptioni obnoxium. 253
Quousque in redemtione operarum rusticarum præscriptio locum habeat? ibid.
Eatenus res meræ facultatis sunt, ut dominus eas plane derelinquere possit. 255
Vt operis ipsorum utatur, nec alios homines adhibeat, rustici dominum cogere non possunt. 255

Oppignoratio documentorum.

Pignus in re ipsa tribuit; sed hoc pignus saltem privatum est, etsi documenta publica sint. 520

P.

Pactum.

In re, quæ sub hasta venditur, omnia pacta sunt servanda, quæ debitor ante creditorum concursum bona fide circa eam iniit. 458
Pacto, quo venditor sibi dominium reservavit, non obest, quod dies certus solutioni sit præfixus. 476
Ab illo, qui rem debitoris obærati sub hasta emit, pacta omnia, quæ debitor olim circa eam rem bona fide iniit, sunt servanda. 584
Pacta omnia, quæ creditor pro securitate nominis sui cum debitore obærato & suspecto ante motum concursum init, valent. 600
Pactum, quo duo sibi potestatem, se mutuo circumveniendi tribuunt, inter ipsos quidem paciscentes ratum est, & tam exceptionem, quam actionem doli

Digitized by Google

li excludit, ſed tamen a magiſtratu puniri poteſt. pag. 804

Pactum retrovenditionis.

Pactum retrovenditionis pro viliore pretio, quod creditor cum debitore obærato & ſuſpecto ante motum concurſum iniit, dummodo improbum fœnus non intendatur, ſubſiſtit. 600

Pallium.

Pallio, vel gladio uti, res meræ facultatis eſt. 247

Parricidium.

Præſcriptioni obnoxium haud eſt. 799

Partus ſuppoſitus.

Nullo temporis ſpatio præſcribitur. 799

Patria.

Patriam mutare, res meræ facultatis eſt. 263

Patrimonium principis.

In quibus differat ab ærario & fiſco principis? 190

Pecora.

Pecora ſua in agris ſuis paſcere, eſt res meræ facultatis. 263

Pecunia hereditaria.

Pecuniæ hereditariæ privilegium non ſaltem iuris Saxonici eſt, ſed in iure communi fundamentum habet. 500

Quænam dicatur? 501

Pecunia hereditaria non eſt, quando emtio & venditio intercedit. 502

Iure Saxonico pecuniæ hereditariæ emtio & venditio non obſtat. ibid.

Pecuniam hereditariam præſtatio uſurarum vitiat. ibid.

Pecunia reproba.

Non liberat ſolventem. 945

Petere.

Idem eſt, quod proceſſum petitorium inſtituere. 619

Petitorium.

Inſtituto peſſeſſorio ſuper petitorio, ſi hoc ex actis liqueat, recte pronunciatur. 348

Piæ cauſſæ.

Leges novæ, quæ uſuras poſt ſortes collocari iubent, plerumque pias cauſſas, non ſatis æque, eximunt. 536

Sed hoc privilegium ad eas uſuras, quæ piis cauſſis ex ceſſione debentur, non pertinet. ibid.

Pictura.

Ad ſe trahit tabulam, non etiam alias res. 98

Si edicto publico vectigal omnibus mercibus ſit impoſitum, an picturæ ſint exemtæ. 99

Pignoratio.

Interrumpit præſcriptionem complendam, ſed non completam. 278

Pignus.

Pignus in re ipſa tribuit oppignoratio documentorum, ſed hoc pignus ſaltem privatum eſt, etſi documenta publica ſint. 520

Digitized by Google

Pignus, cuius constituti dies vel plane non, vel saltem generaliter, e. gr. in nundinis, expressus est, aliis pignoribus, quibus certus dies adscriptus fuit, postponitur. pag 522
Pignus, quod iudex, ad solas creditoris preces, in bonis debitoris absentis constituit, nullum est. 606
Vid. sup. *Luitio pignoris;* item *Hypotheca.*

Piscatio.

Piscatio in flumine publico iure Romano, & adhuc in aliquibus locis res meræ facultatis est. 249
In fluminibus publicis regale est, in stagnis, rivis & vivariis non item. 671
In stagnis, rivis, & vivariis ad dominum sylvæ spectat, quamvis alius ius venandi habeat. ibid.
In agro, per flumen aut stagnum inundato, non ad dominum agri, sed ad eum pertinet, qui ius piscandi in flumine vel stagno habet. 867
An is, qui in diverticulo fluminis publici solus per longum tempus piscatus est, alios excludere queat? ibid.
Vid. supr. *Ius piscandi.*

Pœna.

Pœna in fures piscium *art.* 169 *Const. Crim.* multisque legibus provincialibus statuta, etiam ad fures cancrorum recte extenditur. 678
Pœna illius, qui sibi ipsi ius dicit. 760
Hæc pœna adhuc hodie in usu est. ibid.
Qualis pœna infligenda sit illis, qui rem debitoris sui vi vel clam auferunt? 714
Quali pœna sint afficiendi hi, quibus nihil debetur, qui tamen sibi aliquid deberi putarunt, & propterea rem abstulerunt. 716
Mitigatur diuturnitate temporis, post commissum delictum elapsi, etsi præscriptio nondum sit completa. 791

Pœna amissionis.

Pœna amissionis, in emphyteutas certis casibus statuta, superficiariis infligi potest. 738

Pœna præclusi.

In concursu creditorum ad caussas personalissimas, in quibus nempe de statu, de matrimonio, de operis locatis agitur, non pertinet. 554

Pœnitentia publica.

An per præscriptionem tollatur? 793

Pollicitatio.

Incertæ pollicitationes obligationem quidem naturalem pariunt, sed actionem in foro humano non producunt. 837

Ali-

Digitized by Google

Aliquando etiam incerta pollicitatio actionem parit, ut, si manifesta æquitas id suadeat, vel si dos promissa sit, vel si negotium natura non sit gratuitum, sed mutuas praestationes in se habeat. 839

Possessio.

Distinctio possessionis in naturalem & civilem tractatur. 122

Possessionem non inducunt actus ex familiaritate gesti. 125

Ad adprehendendam possessionem animus requiritur. 127

Per introductionem simultanei religionis exercitii in templum vis committitur, & possessio turbatur. 128

Etiam per instrumenta probatur. 135

Probata censetur, probata solutione onerum ex libris censualibus. ibid.

Etiam per conjecturas probatur. 136

Est stricte interpretanda, & neque de persona ad personam, neque de loco ad locum, neque de caussa ad caussam, extendenda est. 138

Actu speciali probato, possessio generalis probata non censetur. ibid.

Aliquando, propter similitudinem, aut connexitatem, de persona ad personam, de loco ad locum, et de caussa ad caussam proferenda est. 140

Contra totam universitatem per actus, contra aliquot ejus membra exercitos, regulariter non probatur. 142

Probatur tamen tunc, quum actus contra pleraque universitatis membra, non tanquam singula, sed tanquam universitatem, sunt gesti. ibid.

In rebus meræ facultatis per usum solitarium, etsi longissime exercitum, non adquiritur. 232

Acquiritur tamen per prohibitionem, si alter in ea adquiescat. 233

Ad hanc possessionem adquirendam longo tempore opus non est. ibid.

Possessio antecessoris prodest successori in officio in his, quæ hic ratione officii tenuit. 626

Per spolium aliquando non aufertur, sed saltem turbatur. 697

Ei, quem adversarius vi, clam, aut precario possidere dicit, confessio hæc in possessorio summariissimo ad probandam possessionem prodest. 726

In possessorio summariissimo possessio antecessoris et successoris in officio, & heredi, & cuilibet alii successori prodest, dummodo adversarium quiete possidere passi non sunt. 729 sqq.

Digitized by Google

Possessio civilis.
Tertio cedi non potest. 123
Possessio pignoris.
Creditori possidenti in concursu adversus alios creditores, antiquiorem hypothecam habentes, non prodest. 515
Liberat tamen eundem a pœna præclusi. ibid.
Possessor.
Precarius possessor detentor magis est, quam possessor. 125
Habet tamen remedia possessoria contra alios, non contra concedentem. ibid.
Qui possessionem adprehendit, possessor totius rei, omniumque ejus partium & pertinentiarum intelligitur. 128
Possessor chirographi nomen possidere censetur. 131
Possessor chirographi, dum de nomine litigatur, & usuras, & sortem ipsam, præstita, si periculum appareat, cautione, petere potest. 131
Titulum possessionis suæ edere tunc cogitur, quum petitor jus suum saltem leviter demonstravit. 132
Per lapides finales in mala fide haud constituitur. 153
Possessor pignoris, qui pignus, pendente concursu, alienavit, ad pretium cum usuris inferendum compellitur. 519
Is, qui vi, clam aut precario possidet, nec in possessorio summariissimo vincit, si quidem de vitio possessionis aperte constat. 722
Ad aggerum munitionem non soli fundorum possessores, sed incolæ etiam simplices obligantur. 757
Possessor bonæ fidei.
Vid. supr. *bonæ fidei possessor.*
Possessor malæ fidei.
Vid. supr. *Malæ fidei possessor.*
Possessor civilis.
Quinam dicatur? 122
Possessor precarius.
Magis est detentor, quam possessor, habet tamen remedia possessoria contra alios, non contra concedentem. 761
Possessores prædiorum nobilium.
Si jus venandi sibi arrogant, ejus adquisitionem docere tenentur. 27
Iis in terris, in quibus lex non extat, quæ venationes omnes fisco & regalibus vindicat, venationem inferiorem suo jure exercent. 29
Possunt, si intra tempora prohibita incidant feriæ solemnes, festivitas nuptialis, aut baptismalis, vel exequiæ celebrandæ sint, pro instruenda mensa venari. 36
Possessorium.
Quotuplex sit? 622

Pos-

Digitized by Google

Possessorium ordinarium.

Petitorio est præferendum. 626

Possessorium summariissimum, sive momentaneum.

Possessorio summariissimo admisceri potest quæstio spolii. 697

Exceptionem spolii non admittit. 699

In possessorio momentaneo judex ea sola observat, quæ de jure naturæ ad indagandum verum necessaria sunt. 718

In possessorio momentaneo in examine testium citatio adversarii ad videndum jurare & danda interrogatoria impune omittitur. ibid.

Admittendæ tamen sunt probationes, quas adversarius sponte & tempestive offert. 719

In possessorio summariissimo vitium possessionis non attenditur, si illud altioris indaginis sit. 722

In possessorio summariissimo judex testes, quos examinat, de circumstantiis facti & ratione scientiæ ex officio interrogare debet. Si id non fecit, probatio rejicitur, atque melior imponitur. 727

In possessorio summariissimo judex reprobationem nec decernit, nec exspectat, sed sponte oblatam recipit, nec protestationem de ea reservanda attendit, nisi protestanti mora nulla imputari possit. 728

Tertius interveniens etiam in possessorio summariissimo admittitur; non tamen tunc, quando ex jure petitorii intervenit. 731

Prædia deserta.

A judice ei, qui se illa suscepturum & culturum profitetur, sine omni solemnitate, aut prævia subhastatione, addici possunt. 53

Prædium derelictum & ab altero occupatum a proximo derelinquentis cognato retrahi nequit. ibid.

Prædio deserto servitus imponi nequit. 55

Imposita tamen, accedente 30. annorum præscriptione, acquiritur. ibid.

Prædium.

Prædium venditum, antequam judicialis resignatio facta, a venditore valide oppignoratur. 81

Prædium, publice & solemniter, secundum præscripta legis, sub hasta venditum & adjudicatum, a debitore revocari nequit, quamvis nomen, propter quod subhastatio facta, deinde falsum aut injustum fuisse, appareat. 456

Habebit tamen debitor contra fal-

falſum aut injuſtum creditorem, ad cujus preces ſubhaſtatio facta, actionem ad intereſſe. ibid.

Præſcribens.

Præſcribenti non obeſt, quod poſt impletam uſucapionem jus alterius agnovit. 164

Præſcriptio.

Ad probandum animum derelinquendi non ordinaria præſcriptio requiritur, ſed biennium ſufficit. 50

Ad præſcriptionem rerum derelictarum, ſi dominus rem derelinquit, ſi quidem illa mobilis eſt, occupans eam uſucapione opus non habet, ſed ſtatim dominus efficitur; ſi immobilis, lapſo biennio demum dominium conſequitur: quando vero non dominus rem derelinquit, atque tertius eam bona fide occupat, ordinaria uſucapio locum habet. 63

Præſcriptionem in jure naturæ fundatam eſſe, quatuor rationibus oſtenditur. 144

Etiam inter liberas gentes principeſque locum habet. ibid.

A cive principi recte opponitur. 147

Pœna negligentiæ fundamentum præſcriptionis non eſt. ibid.

Contra eum, qui jus ſuum ignoravit, locum non habet. 148

Etiam contra abſentem currit. 150

Debitum annuorum redituum perimit, quum magna alterius negligentia concurrit. 156

In præſcriptione etiam actionum perſonalium, aliorumque jurium bona fides deſideratur. 162

Non eſt titulus, ſed modus acquirendi dominium. 170

Eſt tamen loco tituli, ſufficitque ei, qui titulum poſſeſſionis ſuæ edere jubetur. ibid.

Præſcriptionem non fundat injuſtum principis mandatum. 174

An ad præſcriptionem ſervitutum titulo opus ſit. 179

Quouſque in redemtione operarum ruſticarum locum habeat? 253

Præſcriptio ordinaria contra pupillum & minorem dormit. 264

Non impeditur per titulum ſolum, & nomen retentum, ſi alia argumenta non adſint. 266

Nec inter privatos præſcriptionem retentio veteris nominis impedit. 269

In cauſſis ſubjectorum cum principe vel alio ſuperiore tunc dormit, quum apparet, illos potentia, metu, aut paupertate cohibitos liquidum ſuum jus perſequi non potuiſſe. 272

Per litem, poſſeſſioni in judicio motam, interrumpitur, etſi ad finem perducta non ſit. 174

Præ-

Præscriptioni non obstat lis mota, quum possessor ab ea absolutus fuit. ibid.
Agnitione debiti interrumpitur. 276
Præscriptio complenda interrumpitur per pignorationem, non etiam completa. 278
An solutione usurarum interrumpatur? 279
Ad delicta etiam atrociora pertinet, excepto parricidio, partu supposito, & apostasia. 799
An ad homicidium pertineat? ibid.
Post completam præscriptionem delinquens, etsi ipse pœnam efflagitet, puniri tamen non debet. 801

Præscriptio criminum, seu delictorum.

Non saltem in iuribus Græco & Romano, sed in ipso iure naturæ fundata est. 790
Tempus tamen præscriptionis legibus humanis determinatur. ibid.
Præscriptionem delictorum non impedit ignorantia magistratus. 793
Præscriptio etiam in delictis maxime occultis currit, nisi magistratus eam actu aliquo interruperit. ibid.
Præscriptio criminis, per inquisitionem generalem, citationem, carcerem interrupta, post ultimum actum judicialem denuo currere incipit. 794
Præscriptio criminis, in uno judicio interrupta, nec in alio judicio allegari potest. ibid.
Per institutam ex delicto actionem civilem præscriptio caussæ criminalis non impeditur, nisi illa huic præiudicium faciat. 796

Præscriptio immemorialis.

Contra principem, ratione iuris venandi, locum habet. 30
In regalibus, itemque in iis bonis, quorum alienatio & adquisitio per legem est interdicta, desideratur. 190
Quid sit? 210
Huic præscriptioni documenta literaria non obstant. ibid.
Cessat tunc, quum de principio adquisitæ possessionis ex documentis certo constat. 213
In præscriptione immemoriali bona fides desideratur, non vero iustus titulus. 214
Ad probandam præscriptionem immemorialem testes senes, qui de suo tempore, & propria scientia dicunt, non sufficiunt, nec sufficiunt testes negativi. 215
Id, quod ab initio reipublicæ, civitatis, aut collegii ad præsens usque tempus observatum fuit, etsi de eius origine constet, tamen inter universitatis illius mem-

Digitized by Google

membra præscriptioni immemoriali æquipollet. 217
Contra legem prohibentem locum habet. 219
Per præscriptionem immemorialem convalescit alienatio rerum, quæ commercio exemtæ sunt. ibid.
Etiam contra consuetudinem valet. 220
Præscriptione immemoriali opus non est contra legem permissivam. 222
Etiam illi obstat, qui per legem, aut privilegium omni præscriptioni exemtus est. 224
Per principem lege aut privilegio tolli potest. 225
Est instar privilegii. 228
Tunc quoque locum habet, quum lex confessionem principis requirit. ibid.
Qui utendi occasionem nullam habuit, ei nec præscriptio quingentorum annorum nocet. 271

Præscriptio longi temporis.

Sufficit ad acquirendum ius venandi, si inter privatos lis sit. 30
Quod secus Iure Saxonico. ibid.

Præscriptio quadragenaria.

Contra principem & fiscum iuri naturæ, bono publico, & iuri scripto convenit. 188
In omnibus principis bonis fiscalibus, patrimonialibus, domanialibus sufficit. 190
Titulum nullum desiderat. 194
Contra quadragenariam præscriptionem prætextus ignorantiæ fisco non prodest. ibid.
Contra quadragenariam præscriptionem fiscus in integrum restituitur, non tamen ultra quadriennium. ibid.
An contra regem Galliarum quoque locum inveniat? 196
In omnibus bonis ecclesiasticis sufficit. 197
A quonam tempore in bonis ecclesiasticis currere incipiat? ib.
Per quadragenariam præscriptionem emphyteusis ecclesiastica sine scriptura constituitur. 202
Etiam in feudis ecclesiasticis locum habet. 203
Præscriptionis quadragenariæ, a Iustiniano ecclesiis attributæ, historia. 206
Ad civitates non pertinet, sed in his triginta anni sufficiunt. ibid.

Præscriptio triginta annorum.

Iustum titulum non desiderat, & tamen iustitiæ atque æquitatis regulis convenit. 179 sq.
Per præscriptionem triginta annorum feuda constituuntur & dissolvuntur. 182
Contra agnatos, quamdiu vasallus possessor vivit, non currit. ibid.

Cur-

Currit tamen tunc, quando feudum iis non conſtitutum, ſed ſaltim pacto promiſſum fuit. ibid.
Iure Longobardico, aliam, quam XXX. annorum, præſcriptionem, ignorari, falſum eſt. 187
Contra præſcriptionem triginta annorum reſtitutio in integrum ex capite ignorantiæ locum non habet. ibid.
Præſcriptiones, quæ triginta annorum, & ſupra ſunt, contra pupillum dormiunt, ſed contra minorem currunt. 264
Contra prædii devaſtati & inculti dominum præſcriptio quidem ordinaria dormit, ſed tricennalis currit. 271

Præſtationes annuæ.

Omnes præſtationes annuæ, eccleſiis piisve cauſſis debitæ, præſcriptione quadraginta annorum tolluntur & minuuntur. 209
In ſolutione præſtationum annuarum apocha in eadem, qua huc usque dari conſuevit, forma exigitur, atque immutata recte recuſatur. 948

Præſtatio uſurarum.

Vitiat pecuniam hereditariam. 502

Præteritio liberorum.

Olim vitium teſtamenti inviſibile fuit, ſed per *Novell.* 115. viſibile factum eſt. 649

Precarium.

Precarii natura non in precibus, ſed in libera quandocunque revocandi poteſtate conſiſtit. 746
Precarium eſt, in quo concedens ſibi facultatem revocandi reſervat, etſi de precibus adhibitis non conſtet. 747
Illa reſervatio aliquando tacita eſt, ut in iure familiaritatis, ex quo interdictum de precario naſcitur. ibid.
Precarium etiam id eſt, quod ſine precibus in contractu vel transactione conceditur, ſed ſub expreſſa beneplaciti & liberæ revocationis conditione. 748
Non omne, quod precibus obtinetur, precarium eſt. 750
Qui iure ſuo uſurus alterum, ut hoc ſibi permittat, rogat, precarium propterea non contrahit. ibid.
Precarium non eſt pactum, quod quis cum altero, precibus eius inductus, init, nec revocabile eſt. 752
In precarium non mutatur obligatio perfecta exinde, quod quis officium ſuum hucusque non niſi rogatus fecerit. 757
Precario hodie tempus adiici poteſt. 758

Pretium.

Pretium rei, privatim depoſitæ, & a de-

Digitized by Google

a depoſitario conſumtæ, inter chirographaria debita collocatur. 525

Princeps.

Nec hodie in res immobiles incultas dominium habet, ſed ſaltem imperium. 10 ſqq.

Quo iure Principes ſibi dominium in feras beſtias adſcripſerint? 20 ſqq.

An venandi libertatem iis in locis, in quibus ſtabilita eſt, pro lubitu tollere, ſibique vindicare poſſit? 28

Præſcriptionem immemorialem lege aut privilegio tollere poteſt. 225

Per privilegium vel litteras inveſtiturae libertatem naturalem tollere non debet. 257

Si tamen id fiat, parendum quidem eſt, curandum autem, ut iſtiusmodi privilegium commoda interpretatione vel emolliatur, vel infirmetur. 258

In propria cauſſa ipſe quidem poteſt ſententiam ferre, ſed melius id non facit. 305

Sententiam, a collegio iuridico obtentam, corrigere, aut mutare, & totam, aut partem eius ſupprimere, vel plane ab eadem recedere poteſt. 362

Principi nocet res contra ſubditos iudicata, ſiquidem ſciverit litem motam, & tacuerit. 400

In poſſeſſoriis proceſſibus privilegium nullum habet, ſed, quoties inſolitum quid poſcit, etiam momentaneam poſſeſſionem adverſus ſe admittere debet. 628

Tunc ſaltem decennalis poſſeſſio deſideratur, quum poſſeſſor ius commune contra ſe habet, e. gr. in regalibus, in immunitate ab oneribus ordinariis. ibid.

Poteſt, boni publici cauſſa, libertatem molendinum in ſuo exſtruendi privatis adimere. 670

Alterius principis cives a navigatione per flumina ſua arcere nequit. ibid.

Princeps, qui precatur, ubi iubere poterat, poteſtatem ſuam non minuit, nec id, quod rogat, arbitrarium precariumque facit. 753

Principes quidam tam exteri, quam Germani falſam monetam tanquam regale quoddam exercent, atque per hoc maximam in re monetaria confuſionem, frequentesque mutationes excitant. 926

Privati.

Adhuc hodie res immobiles incultas occupare poſſunt; nec Princeps in eas dominium habet, ſed ſaltem imperium. 10 ſqq.

Privatis ferarum nocivarum occupatio

cupatio non recte interdicitur. pag. 23
Res immobiles derelictas occupare possunt, & titulus Codicis de omni agro deserto adhuc in usu est. 48

Privilegium.

Solum privilegium nundinarum non usu decennii exspirat; cetera vero privilegia non nisi XXX. annorum lapsu exstinguuntur. 185
Privilegium, super re meræ facultatis impetratum, nisi expresse ius prohibendi contineat, alios ab eiusdem usu non excludit. 259
Etiam tale privilegium, cui ius prohibendi insertum, stricte interpretandum est. ibid.
Privilegium, quo creditor aliquis aliis omnibus anteponi iubetur, beneficium separationis non excludit. 543
Privilegium, aliis non auditis, obtentum, sub- & obreptitium censetur. 659
An omnia privilegia, etiam gratuita, pro lubitu revocari possint? 761

Privilegium fisci.

Etiam sine cessione consequuntur illi, qui pecuniam in solutionem tributorum credunt. 497
Creditor tamen probare debet versionem; ad quod confessio debitoris haud sufficit, ne quidem ad effectum iurisiurandi suppletorii. ib.

Privilegium pecuniæ hereditariæ.

Non saltem iuris Saxonici est, sed in iure communi fundamentum habet. 500

Probatio.

Quando de debitore carceri mandando agitur, probatio, quod bona sua prodegerit, non creditoribus, sed ipsi, quod fortunæ iniuria bonis lapsus sit, imponitur. 424
Probationem liquidam faciunt instrumenta clara, item iurisiurandi delatio, non vero testes, nisi æquitas & circumstantiæ id singulariter suadeant. 780
Quænam probatio in continenti sit liquida? ibid.

Processus ordinarius.

Potest a iudice converti in summarium. 328

Processus possessorius.

Omnis Processus possessorius summariter tractatur. 622
Is, qui de possessione retinenda agit, solus κατ' ἐξοχὴν summarius dicitur. ibid.
Io hoc solo appellatio excluditur, quæ tamen in remediis adipiscendæ & recuperandæ possessionis locum habet. ibid.
Instituto processu possessorio, super petitorio, si hoc ex actis liqueat, recte pronunciatur. 624
Insti-

Digitized by Google

Instituto possessorio summario, de ordinario iudicari potest. pag. 625
An & quousque contra principem ac fiscum eius locum inveniat? 629

Procurator.

Intempestive concludere, & deductionibus ac scriptis, quæ ipsi adhuc restabant, renunciare nequit, nisi hoc ei specialiter mandatum sit. 280

Promissio.

Nulla promissio, cui acceptatio nondum accessit, obligat. 827
Qui bis eandem rem, etsi diversimode, e. gr. sub alio & alio pignore, promittit, semel tantum, scilicet ex posteriore promissione, obligatur. 836
Is, cui certi salarii incertum augmentum promissum est, ex promissione hac agere nequit. 837
Promissio indemnitatis, & fideiussio indemnitatis, toto cælo differunt. 873

Promissor.

Ei, qui de se promisit. non imputatur, quod quis ex proximis eius contra facit; imputatur tamen tunc, quum prohibere id potuit. 849
Qui generaliter quid promittit, quod partim suum, partim alienum est, suam tantum partem promisisse censetur. Obligatur tamen in solidum tunc, quum alter, cui promissio facta, hoc ignoravit. 852
Qui factum alienum promittit, nec de iure civili, nec de iure naturali obligatur. 853
Qui operam suam vel curam in facto alieno promittit, hac præstita, liberatur, etsi nihil effecerit. 857
Is, qui, effecturum se promisit, præter operam etiam effectum, aut, si hunc non potest, interesse præstare debet. 857
Qui ratione officii, se effecturum, ut alter solvat, promittit, nec ultra diligentiam, nec finito officio, obligatur. 859

Protestatio.

An protestatio & denunciatio, in principio contractus facta, contrahentem in mala fide constituat? 158
Ei, qui vim patitur, utilis est. 815
Valet, quamvis nec adversario denunciata, nec coram legitimo notario facta sit. 816

Pupillus.

Contra pupillum præscriptio ordinaria, nec non longissimi temporis dormit. 264
Pupilli, & qui iura eorum habent, in concursu creditorum præclusi, brevi manu in integrum restituuntur, refusis tamen expensis, quibus restitutio illa caussam dedit. 553

R. Ra-

Digitized by Google

R.

Rationes decidendi.

Rationes decidendi ſententiarum litigatoribus edi, utiliſſimum eſt; Iudex tamen, quamdiu lex deficit, ad eas edendas cogi nequit. pag. 367

Refectio.

Qui in refectionem rei, durante concurſu, credit, in prima creditorum claſſe collocatur, qui ante concurſum, in ſecunda. Neceſſe tamen eſt, ut expreſſe in refectionem creditum ſit, nec ſola verſio ſufficit. 510

Si refectio viarum a principe publice indicatur, non hi ſaltem, qui immediate principi ſubſunt, ſed & ruſtici, qui operas prædiis equeſtribus debent, ad refectionem iſtam obligantur. 657

Referendarius.

Ipſe ſibi acta referenda ſumere non debet, ſed eadem a præſide collegii exſpectare tenetur. 299

Regalia.

Non niſi præſcriptione immemoriali adquiruntur. 192. 230

In dubio privative conceſſa cenſentur, atque adeo princeps ſimul cum eo, quem de regali inveſtivit, hoc exercere non poteſt. 679

Reges.

Reges quidam & principes tam exteri, quam germani falſam monetam tamquam regale quoddam exercent, atque per hoc maximam in re monetaria confuſionem frequentesque mutationes excitant. 926

Rei vindicatio.

Cum actione finium regundorum vulgo confundi ſolet. 153

Quomodo ab hac differat? ibid.

Quomodo in rei vindicatione ſit pronunciandum? 330

Relatio actorum.

Quid circa relationem actorum ſit obſervandum? 299

Relationes ad principem.

In cauſſis iudiciariis ius civile prohibet, ius canonicum permittit, easdem Germaniae noſtræ & provinciarum eius ſtatus nonnunquam exigit, præter neceſſitatem tamen non ſunt adhibendæ. 289

Octo caſus, in quibus relationes ad principem neceſſariæ ſunt, recenſentur. 289

Religio.

Per introductionem ſimultanei religionis exercitii in templum vis committitur, & poſſeſſio turbatur. 128. 681

Remedia poſſeſſoria.

Competunt etiam nudo detentori. 118

A iure civili conductori ſaltem contra tertium, non contra

ipſum locatorem, ſi ille vim faciat, conceduntur. pag. 118

A iure canonico conductori non ſolum contra tertium, ſed etiam ipſum locatorem, & eum, qui a locatore cauſſam habet, tribuitur. ibid.

Remedium ex L. fin. C. de Edict. D. Adriani toll.

Remedium *L. ult. C. de Edict. D. Adriani toll.* & interdictum quorum bonorum prorſus conveniunt. 639

Iure Romano eſt ſaltem ſummarium, moribus vero Germaniæ in proceſſum exſequutivum deduci poteſt. 640

Tunc locum non habet, quum legitimus contradictor adeſt. 642

Etiam legatariis datur. 652

Renovatio.

Sola veteris chirographi renovatio non eſt vera novatio. 902

Reparatio aggerum.

Is, in cuius fundo aggeres exſtant, ad horum, ſi vetuſtate collabantur, reparationem non aliter cogi poteſt, quam ſi totius reipublicæ interſit. 669

Repetitio depoſiti.

Ad res mere facultatis referri nequit. 244

Replica.

Replicam libello inſeri, nunquam eſt neceſſarium. 774

Replica metus.

Per replicam metus exceptio præſcriptionis non eliditur, ſi quidem metum ab initio paſſus deinde per tempus lege definitum cogenti ſponte paruit, nec apud ſuperiorem de vi ſibi facta queſtus eſt. 821

Res commercio exemtæ.

Rerum, quæ commercio exemtæ ſunt, alienatio per præſcriptionem immemorialem convaleſcit. 219

Tricennalis, & quadragenaria præſcriptio non ſufficit. ib.

Res derelictæ.

Res immobiles derelictæ a privatis occupari poſſunt, & titulus Codicis de agro deſerto adhuc in uſu eſt. 48

Ad præſcriptionem rerum derelictarum, quum ipſe dominus rem derelinquit, ſiquidem illa mobilis eſt, occupans eam uſucapione opus non habet, ſed ſtatim dominus efficitur, ſi immobilis, lapſo biennio demum dominium conſequitur; quando vero non dominus rem derelinquit, atque tertius eam bona fide occupat, ordinaria uſucapio locum habet. 63

Res furtiva.

A bonæ fidei poſſeſſore præſcriptione XXX. annorum adquiritur. 185

A fure & malæ fidei poſſeſſore nunquam adquiritur. 186

Res furtiva inventa, vel in iudicium

Digitized by Google

cium delata, inventori vel magistratui post triginta annos plene adquiritur. pag. 186

Quid in Saxonia circa acquisitionem rei furtivæ obtineat? ibid.

Res immobiles.

Res immobiles incultæ adhuc hodie a privatis occupari possunt; nec Princeps in eas dominium habet, sed imperium saltem. 10 sqq.

Si ipse dominus rem immobilem derelinquit, hæc, lapso biennio, occupanti acquiritur. 176

Res iudicata.

Rei iudicatæ auctoritas maxima est. 371

Vincit etiam legem posteriorem contrariam. ibid.

Nequit in caussis civilibus retractari ob novas probationes; bene tamen in caussis criminalibus. 373

In caussis civilibus instrumento noviter reperto tunc retractatur, quum instrumentum illud nulla falsi suspicione laborat, atque ex eo iniquitas prioris sententiæ sine diuturna lite evidenter apparet. 374

In rem iudicatam nunquam transit sententia, quæ cum recta ratione pugnat. 378

Rei iudicatæ auctoritatem nunquam consequitur sententia, quæ iniquitatem continet. 379

Contra rem iudicatam restitutio in integrum, ex clausula generali, si quæ iusta caussa mihi videbitur, locum habet. 381

In iis capitibus, in quibus litigatoris non interest, ius ei non tribuit. 382

An quandoque in rem iudicatam ante decendium sententia transeat? 383

Rem iudicatam aliis neque nocere, neque prodesse, regula iuris naturalis & scripti est. 384

Res contra maritum iudicata uxori non aliter nocet, quam si lis & nomine uxoris, & consensu eius adhibito agitata fuit. 385

Limitationes regulæ, quod res inter alios iudicatæ aliis non præiudicent, duabus regulis possunt comprehendi. 395

Res contra debitorem ante pignoris constitutionem iudicatæ nocent, non etiam, quæ post, nisi scienti & tacenti. 397

Res contra dominum directum iudicata domino utili nocet, si hic illum experiri passus est; nec restitutio in integrum locum habet, quamvis dominus directus circa processum quid neglexerit. 398

Res contra subditos iudicata principi & fisco nocet, siquidem hi litem motam sciverunt & tacuerunt. 400

Digitized by Google

Res legitime iudicatæ propter salutem publicam rescindi possunt, non etiam propter publicam utilitatem. pag. 400
Res contra consortem litis iudicata ad alterum litis consortem non pertinet. 402
Pertinet tamen tunc, quum alter, altero sciente & permittente, commune nomine litigarit. 403
Ab eo, contra quem iudicatum fuit, ex iure tertii impugnari nequit. 404
Res contra heredem fiduciarium iudicata post restitutionem fideicommissi nocet fideicommissario. 407
Res secundum creditores heredis iudicata creditores defuncti a beneficio separationis non excludit. 541

Res litigiosa.

Is, in quem res vel actio litigiosa transfertur, nullo privilegio iuvatur, sed simpliciter iure transferentis vtitur. 825
Qui rem litigiosam sciens emit, victus deinde evictionis præstationem petere nequit, nisi eam sibi stipulatus sit. 826

Res meræ facultatis.

Quænam dicantur? 321
Non solum ex iure naturæ, omniumque hominum communi, sed & singulari ciuitatis aut universitatis pendent. ibid.
In rebus meræ facultatis possessio per usum solitarium, etsi longissime exercitum, non adquiritur. 232
Solo non usu non exstinguuntur, quamvis longissimum & immemoriale tempus accesserit. 234
Ordinaria etiam præscriptione amittuntur tunc, quum prohibitio non usum præcessit. 236
Res meræ facultatis est ius coquendi cerevisiam, quatenus per leges & consuetudines non est restrictum, & non usu non amittitur. ibid.
Res meræ facultatis est ædes suas altius tollere, & ad cælum usque ædificare, iure naturæ, sed non iure Romano 241
Res meræ facultatis non est ius, quod alicui ex contractu competit. 244
Res meræ facultatis est, sacris in vicina ecclesia uti, quando ecclesia loci, in quo vivimus, diversam a nostra religionem fovet. 246
Res meræ facultatis est, gladio vel pallio uti. 247
Res meræ facultatis est piscatio in flumine publico iure Romano, & adhuc hodie in aliquibus locis. 249
Res meræ facultatis est, molendino uti. ib.

Quan-

Digitized by Google

Quando hi, quibus actus meræ facultatis interdicuntur, adquiescunt, alii tamen, quorum intereſt, illis naturalem libertatem relinqui, recte intercedunt. pag. 252
Res meræ facultatis eſt, merces quaslibet vendere. ibid.
An res meræ facultatis ſint operæ rusticæ? 253
Res meræ facultatis ius operarum rusticarum eatenus eſt, ut dominus eas plane derelinquere poſſit. 225
Super re meræ facultatis privilegium impetratum, niſi expreſſe ius prohibendi contineat, alios ab eiusdem uſu non excludit. 259
Etiam tale privilegium, cui ius prohibendi inſertum, ſtricte interpretandum eſt. ibid.
Res meræ facultatis eſt, ſacerdotem & templi custodem ad convivium baptiſmale invitari. 262
Res meræ facultatis eſt, pecora ſua in agris ſuis paſcere. 263
Res meræ facultatis eſt, domicilium & patriam mutare. ibid.
Non eſt res meræ facultatis ius patronatus & eligendi. ib.
Res meræ facultatis eſt, matrimonium cum perſona diverſæ religionis inire. 263

Res mobilis.

An mala fide ſine furto diſtrahi, & ab emtore intra triennium uſucapi poſſit? 169
Si ipſe dominus rem mobilem derelinquit, hæc ſtatim occupanti acquiritur. 176

Res nullius.

Ad quam occupandam duo, licet ſocii, concurrunt, non fit communis, ſed cedit vere occupanti; ſignum non ſufficit. 7 ſqq.

Reſervatio dominii.

Reſervatio dominii in venditionibus usque ad pretii ſolutionem iuri Romano & moribus convenit. 474

Reſervatio uſusfructus.

Reſervatio uſusfructus in parte rei venditæ non eſt ficta traditio. 73

Reſignatio iudicialis.

Apud Germanos veteres in alienatione bonorum immobilium univerſali conſuetudine deſiderabatur. 79
Ratio eius iuris inveſtigatur. ibid.
Adhuc hodie in terris Iuris Saxonici, Lubecenſibus, Brunſuicenſibus, Luneburgicis, & multis aliis, neceſſaria eſt. ib.
Omiſſio reſignationis iudicialis contractum ipſum nullum non reddit, contrahens tamen ad implendum contractum, & reſigna-

signationem faciendam agere potest. pag. 82
Etiam in divisionibus hereditariis, in quibus prædium alicui ex coheredibus addicitur, necessaria est. 84

Restitutio.

Restitutio spolii tunc cessat, quando bonum publicum restitutionem impedit. 688
Restitutio spolii spoliantem a pœna, in decreto D. Marci statuta, non liberat. 712

Restitutio in integrum.

Contra præscriptionem triginta annorum ex capite ignorantiæ locum non habet. 187
Restitutio in integrum ex clausula generali, si quæ mihi iusta caussa videbitur, contra rem iudicatam locum habet. 381
An minori contra subhastationem, legitime factam, competat? 458
An absenti reipublicæ caussa contra subhastationem detur? 459

Retentio.

Tunc nec retentio veteris chirographi novationem impedit, quando obligationes vetere & novo instrumento comprehensæ sunt contradictoriæ. 904

Reus.

Exceptionibus dilatoriis, etsi liquidæ sint, eventualem litis contestationem subiicere debet. 768
Reus, qui litem negative contestatur & mendacii convictus est, exceptiones tamen peremtorias regulariter non admittit, sed probare adhuc potest. 769
Reus, in processu exsequutivo absolutus, si deinde ordinarie conveniatur, exceptionem rei iudicatæ habet. 789

Rustici.

Apud veteres Germanos a venatione excludebantur. 25
Dominum, ut operis ipsorum utatur, nec alios homines adhibeat, cogere non possunt. 255

S.

Sacerdos.

Exigere non potest, ut conviviis nuptialibus vel baptismalibus adhibeatur, licet incolæ loci antea sacerdotem per immemoriale tempus iisdem adhibuerint. 262 sq.

Saginandi ius.

Vid. supr. *Glandium & saginandi ius.*

Salarium.

Is, cui certi salarii incertum augmentum promissum est, ex promissione hac agere nequit. 837

Scientia iuris alieni.

Scientia iuris alieni, post completam usucapionem, superveniens, non est mala fides, nec usucapionem rescindit. 164

Sen-

Digitized by Google

Sententia.

Nulla est, si iudex ante inrotulationem acta non compleverit, nec iisdem omnia, quæ ad decisionem caussæ, etiam indirecte, pertinent, ad petitionem partis addiderit. pag. 284

A litigatore, ad inrotulationem citato, si defectum actorum non animadvertit, tanquam ad acta mutila lata, oppugnari nequit. 285

Propterea, quod Iudex acta ad collegium, ab altera parte exemtum, transmiserit, nulla non est, sed, nisi per appellationem impugnetur, res iudicata fit. 286

Tunc vero nulla est, quando collegium exemtum simul suspicione laborat. 287

In sententiis concipiendis iudex interloquutiones, quantum potest, evitare, atque definitive iudicare debet. 297

Nulla est, si assessor iudicii acta sine præsidis auctoritate retulerit. 299

In iis provinciis, in quibus magistratus, patrimonialem iurisdictionem habentes, proprias caussas in suis iudiciis tractare possunt, sententias ipsi concipere non possunt, sed a collegiis iuridicis expetere debent, nisi forsan adversarius ipse in hoc consenserit. 305

An semper libello conformis esse debeat? 308 sqq.

Sententiam, a collegio iuridico obtentam, nec corrigere, nec mutare, nec totam, aut partem eius supprimere, iudici licet. 362

Sententia, quæ aperte cum iure pugnat, a iudice revocari potest, sive ipse eam conceperit, sive a collegio iuridico impetraverit. ibid.

Sententia, contra mortuum sive ab ignorante, sive a sciente iudice lata, nulla est, quamvis mortuus non suo, sed alieno nomine litigavit. 364

Sententia, contra non citatum lata, convalescit, si is facto eam adprobet. 365

Approbata censetur ab eo, qui rescjscit, nec intra decendium appellat. ibid.

Sententiæ copiam iudex contumaci mittere non est obligatus. 366

Sententiæ transmissio in vim publicati tunc necessaria est, quando alicuius, qui ab initio in lite non fuit, interesse incipit. 366

Sententia, quæ cum recta ratione pugnat, nunquam fit res iudicata. 378

Sententia, quæ iniquitatem continet, auctoritatem rei iudicatæ nunquam consequitur. 379

Digitized by Google

Sententia, quæ ſuperfluum iusiurandum decernit, iniquitatem continet. pag. 379
An quandoque ante decendium fiat res iudicata? 883
A ſententia, in poſſeſſorio ſummariiſſimo lata, qua ſimul reſtitutio ſpolii decernitur, appellari licet. 697

Sententia declaratoria.

Sententia ſimpliciter declaratoria alteri, qui in lite non fuit, non nocet. 391

Sententia interlocutoria.

Variæ cauſſæ, quibus ad has ferendas iudices impelluntur. 297

Separatio bonorum.

Accurata bonorum ſeparatio non exigitur, ſed res ex arbitrio & æquitate iudicis pendet. 539
In iis rebus, quæ unius creditoris ope ex fuga retractæ, & ab interitu ſervatæ fuerunt, hic iure ſeparationis creditoribus reliquis præfertur. 546
Vid. ſupr. *Beneficium ſeparationis.*

Servi.

Derelinquuntur a dominis, qui cum iis tanquam cum liberis hominibus diu vivunt. 62

Servitus.

Prædio deſerto imponi nequit. 55
Impoſita tamen, accedente annorum præſcriptione, acquiritur. 30
An ad ſervitutum præſcriptionem titulo opus ſit? 179
Servitutes omnes, etiam ruſticæ & diſcontinuæ, præſcriptione ordinaria adquiruntur, nec immemoriali opus habent. 230
Is, qui in prædio ſuo alterum precantem ſubinde aliquid facere permittit, ſervitutem non conſtituit. 759
Tunc tamen ſervitus conſtituta cenſetur, quando is, qui preces adhibet, pro conceſſione ſibi data viciſſim quid præſtandum ſuſcipit. 760

Servitus altius tollendi.

Quænam dicatur? 243

Signum.

Ad occupationem non ſufficit. 4 & 7

Silentium.

Solum ſilentium ad acceptationem non ſufficit. 827
Perpetuum ſilentium creditoribus in concurſu contra fideiuſſorem impoſitum non nocet. 888

Societas.

Quomodo differat a communione? 102
So-

Solarium.

Non in pecunia numerata solum, sed in aliis quoque rebus, quin & in facto consistere potest. pag. 744

Solutio.

Solutio, creditori creditoris, quamvis hoc invito, facta, valet, dummodo nomen creditoris liquidum sit & indubium. 915

Antequam tamen creditor eam ratam habet, debitor solutum repetere potest. ibid.

Solutionis locus, si nihil aliud conventum sit, est domicilium creditoris. 921

Quum æstimatio & mensura rei solvendæ diversa est, locus, solutioni destinatus, spectatur. ibid.

Quando monetæ bonitas, sive extrinseca, sive intrinseca, universaliter mutatur, solutio semper in ea moneta, quæ tempore contractus valuit, atque in eo, quo tunc fuit, valore facienda est. 940

Quæ regula non in mutuo solum, sed in omnibus omnino negotiis locum habet. ibid.

In moneta paulo ante reprobata fieri nequit; immo ne quidem in moneta adhuc proba, sed mox reprobanda. 945

Ex trium cohærentium annorum apochis solutio superiorum temporum præsumitur. 955

Quæ præsumtio non in publicis solum, sed & privatis, quin etiam in personalibus debitis locum habet. ibid.

Deficientibus licet apochis, si solutio trium cohærentium annorum alio modo probetur, solutio antecedentium annorum tamen præsumitur, nec nocet præsumtioni huic, quod solutio quotannis difformiter facta fuit. 956

Spoliator.

Quamvis spolium amplius non possideat, adhuc tamen de spolio tenetur. 684

Hi, qui, iubente magistratu suo, spoliarunt, spoliatores non sunt. ibid.

Tunc tamen & pro spoliatoribus habentur, quando iussum illum falsis precibus obtinuerunt. ibid.

Spoliator est, qui spolium, ab aliis commissum, ratum habet. 690

Is, cui dominus privatam occupationem possessionis permisit, tamen spoliator est, si potestate hac, invito domino, utatur. 705

Non liberatur a pœna, in decreto D.

D. Marci ſtatuta, per ſpolii reſtitutionem. pag. 712

Spoliatus.

Spoliati heredes recte de ſpolio queruntur. 684
Reſtituendus eſt, etſi ſpolians ius ſuum manifeſte probet. 686

Spolium.

Quid ſit? 680
Committi poteſt, quamvis poſſeſſor non eiiciatur, ſed res eidem relinquatur. 681
Adprehenſio compoſſeſſionis ſpolium eſt. ibid.
Introductio ſimultanei religionis exercitii in templa a diverſæ religionis hominibus ſolum poſſeſſa, ſpolium eſt. 681
Etiam in perſonam committitur. 683
Spolii reſtitutio tunc ceſſat, quando bonum publicum reſtitutionem impedit. 688
Quis ſpolium ratihabere dicatur? 690
Quæſtio ſpolii admiſceri poteſt poſſeſſorio ſummariiſſimo. 697
Is, cui res nudis verbis tradita eſt, eam tamen, quamdiu ab alio poſſidetur, privata auctoritate occupare nequit, atque, ſi id faciat, ſpolium committit. 705
Spolium & vim committit is, qui rem abſente poſſeſſore occupat, & redeuntem poſſeſſorem non admittit. 705

Sponſalia.

Mutata rerum facies eſt iuſta ſponſaliorum diſſolvendorum cauſſa. 842

Stipendia nautarum.

Privilegium mercedis domeſticæ, des Liedlohns, in concurſu creditorum non habent. 509

Stipulatio.

Vnde hæc vox deſcendit? 827
Stipulatio, in qua primi tantum heredis mentio fit, tranſit etiam ad ſequentes. 840
Omnis ſtipulatio intelligitur, rebus ſic ſtantibus. 842

Subhaſtatio.

Peracta ſubhaſtatione, & reperto meliore emtore, adiudicatio non ſtatim facienda, ſed novus ei dies præfigendus eſt. 451
Propter debitum ex parte illiquidum fieri poteſt. 455
Subhaſtatio invalida per hoc, quod debitor eam poſtea facto ipſo adprobavit, convaleſcit. ibid.
Per ſubhaſtationem legitime factam, & ſecutam adiudicationem hypothecæ extinguuntur. 459

In

In ſubhaſtatione olim facta, etſi de circumſtantiis eius certo non conſtet, omnia legitime geſta & neceſſaria ſolemnia obſervata præſumuntur. pag 459

Per ſubhaſtationem & adiudicationem etiam ius retentionis, quod creditor ante habuit, exſpirat. ibid.

An contra ſubhaſtationem, legitime factam, minori reſtitutio in integrum competat? 458

Succeſſor.

Succeſſori in officio prodeſt poſſeſſio anteceſſoris in his, quæ hic ratione officii tenuit. 626

Succeſſor, qui anteceſſorem ſuum iniuſte poſſediſſe dicit, ex pactis eius nec agit, nec obligatur. 840

Sumtus.

Sumtus, in concurſum creditorum facti, primo loco collocantur; nihil tamen propterea creditoribus prioribus de iure communi detrahitur. 488

Illi ſumtus, quos unus creditor in communem utilitatem impendit, ei ante omnia ex communibus bonis reſtitui debent; nec nocet ei, quod in ſumtu faciendo ſuam ſaltem utilitatem ſpectarit. 492 ſeq.

Vid. ſupr. *Impenſæ;* item *Expenſæ.*

Sumtus funeris.

Sumtus a vidua in funus mariti obærati facti, ab illa ex concurſu repetuntur. 506

Qui pro ſumtibus funeris debitoris obærati fideiuſſerunt, nequeunt conveniri, ſi ſolutio ex concurſu fieri poſſit. ibid.

Sumtus litis.

Sumtus litis, qui in proceſſu poſſeſſorio tacite præteriti fuerunt, in petitorio tamen adiudicari poſſunt. 632

Sumtus morbi.

Ad impenſam funeris magis ex conſuetudine, quam ex lege referuntur. 504

Superficiarius.

Ius in ipſum ſolum, etiam contra dominum, habet. 736

Eandem poteſtatem & easdem actiones, quas emphyteuta, habet. ibid.

Superficiarius, ſuperficiem ſine domini conſenſu alienans, iure ſuo non excidit. 738

Peccat tamen, novusque ſuperficiarius cogi poteſt, ut domino ſe ſiſtat, ſeque ab eo admitti petat. ibid.

Digitized by Google

Novus superficiarius, domino superficiei oblatus, ab hoc ex iustis caussis repelli potest. pag. 740

Intrusus contra voluntatem superficiei domini superficiarius, ab illo vi privata eiici nequit. 741

Tunc tamen expulsio privata in continenti recte fit, quum dominus præter dominium directum ipsam superficiem quodammodo possidet. 742

Superficies.

Inter superficiem & emphyteusin nullum intercedit discrimen a priori, sed ambæ saltem appellationibus distinguuntur. 736

Ad superficiem non pertinent iura singularia de laudemio & iure protimeseos in emphyteusi statuta. 737

An, si superficies pereat, v. gr. si ædes corruant, aut conflagrent, ius superficiarii exspiret, ita, ut deinde dominus soli de superficie pro lubitu disponere queat? 745

T.

Templum.

Templa, & alia loca sacra aut pia derelicta & vacua impune ad usus privatos transferuntur. 60

Tempus.

Hodie precario adiici potest. 758

Testamentum iudiciale.

Vitio visibili laborare potest. 643

Exemplum eiusmodi vitii visibilis. ibid.

Testamentum reciprocum.

Per reciprocum coniugum testamentum, quo utriusque consanguinei heredes scribuntur, commixtio amborum patrimoniorum fit; hæc tamen commixtio alterutri potestatem testamenti mutandi non aufert. 106

Testimonium.

Testimonium Commissarii de confessione, coram ipso facta, plenam fidem facit; iurare tamen oportet Commissarium testificantem, nisi iam ante iureiurando in iudicio obstrictus fuerit. 411

Testis.

Testes senes, qui de suo tempore, & de propria scientia dicunt, uti nec testes negativi, ad probandam præscriptionem immemorialem, non sufficiunt. 215

Testes probationem liquidam non faciunt, nisi æquitas & circum-

Digitized by Google

cumſtantiæ id ſingulariter ſuadeant. pag. 780

Theſaurus.

Priſco iure Germanico ad fiſcum pertinebat, hodierno privatis relinquitur. 44

Qui theſaurum in confinio invenit, partem, in ſua terra iacentem, ſolus retinet, partem alteram cum vicino dividit. 46

Titulus.

Titulus ſolus & nomen retentum, ſi nulla alia argumenta adſint, præſcriptionem non impedit. 266

Per hoc, quod quis titulum regni, provinciæ, urbis, prædii, ſecundum ſtylum receptum alicui tribuit, poſſeſſori & domino eius regni &c. iniuria nulla fit. ibid.

Titulus poſſeſſionis.

Titulus non eſt præſcriptio, ſed modus adquirendi dominium. 170

Præſcriptio tamen loco tituli eſt, ſufficitque ei, qui titulum poſſeſſionis edere iubetur. ibid.

Accurata iuſti tituli probatio in uſucapione non exigitur. 173

Pro iuſto titulo iniuſtus iudicis iuſſus haberi nequit. 174

An ad præſcriptionem ſervitutum requiratur? 179

Iuſtum titulum præſcriptio triginta pluriumve annorum non deſiderat, & tamen iuſtitiæ atque æquitatis regulis convenit. ib. ſq.

Iuſtus titulus in præſcriptione immemoriali non deſideratur. 214

Titulus de Litigioſis.

In ipſo iure Iuſtinianeo infirmatur, atque adeo nullum hodie uſum habet. 823

Titulus Codicis de omni agro deſerto.

Adhuc hodie in uſu eſt. 48

Titulus pro derelicto.

Tunc, quum non dominus rem dereliquit, neceſſarius eſt. 176

In titulo pro derelicto animus derelinquendi per coniecturas probatur, ac ſufficiunt etiam non facta. 178

Traditio.

Defectus traditionis translationem dominii impedit, non pignoris. 64

Ei non prodeſt, qui rem, quæ ei traditur, alii iam promiſſam eſſe ſcit. 66

Vera traditio, cum bona fide coniuncta, præfertur fictæ, etſi tempore priori. 68

Per confeſſionem inſtrumento inſertam non probatur. 69

An

An ad dominii translationem naturaliter requiratur? pag. 70
Ad traditionem vox: trado, in contractu adhibita, non sufficit. ibid.
Is, qui rem sibi promissam, non exspectata traditione, occupat, peccat, & amissione iuris sui punitur. ibid.
Venditor, qui in instrumento venditionis emtori rem occupare permittit, hoc ipso illam non tradit. 70
Traditis instrumentis, ad rem pertinentibus, res ipsa tradita censetur. 71
Traditio instrumenti, de præsente contractu confecti, non sufficit, ut res tradita censeatur. ibid.
Traditio instrumenti recentioris tum ad transferendum dominium sufficit, quum ea hoc animo in re præsente fit. 72
In medio ævo investitura dicta, variisque signis peracta fuit. 78

Traditio ficta.

Talis non est reservatio ususfructus in parte rei venditæ 73

Traditio per brevem manum.

Vbi describatur? 75
Eius exempla. ibid.
Traditioni per brevem manum novatio aliqua inest, & prior obligatio per eam perimitur. ibid.

Traditio symbolica.

Inter traditiones symbolicas præcipua est ea, quæ per claves fit, sola tamen possessionem non transfert. 78

Translatio dominii.

Translationem dominii defectus traditionis impedit. 64
An traditionem naturaliter requirat? 70
Ad transferendum dominium traditio instrumenti recentioris sufficit, quum ea hoc animo in re præsente fit. 72

Tributa.

Quid sint? 494
In concursu inter primos creditores ponuntur. ibid.
Inter tributa referuntur etiam ea onera, quæ magistratibus inferioribus præstantur, si publicam utilitatem spectent. ibid.
Ad tributa referri nequeunt onera, quæ peculiariter ab uno cive ex contractu vel præscriptione præstantur. ibid.

U. V.

Venari.

Aliquando diebus feriatis, & intra prohibita tempora licet. 36

Digitized by

Venatio.

A veteribus Germanis cuilibet ingenuo in ſuo fundo permittebatur; ruſtici tamen, cives oppidani, & clerici ab ea excludebantur. 25

Olim pertinens prædiorum nobilium fuit. 26

Hodie in plerisque Germaniæ locis regalibus adſcripta eſt, id quod tamen noviter a ſolo principe ſine civium ordinumve conſenſu fieri nequit. 27

An venatio ſeu venandi libertas iis in locis, in quibus ſtabilita eſt, a principe pro lubitu tolli, ſibique vindicari poſſit? 28

In aliquibus locis ius prædii nobilis eſt, atque a privatis, ſine principis conceſſione, exercetur. ibid.

Vid. ſupr. *Ius venandi.*

Vendere actionem.

Quid ſit? 906

Venditio.

Venditio rei immobilis, ob reſignationem iudicialem omiſſam, nulla haud eſt, ſed emtor ad implendum contractum, & reſignationem faciendam agere poteſt. 82

Dominium, ſibi pacto reſervatum, alii cedere poteſt. 476

Venditio, infra iuſtum pretium a debitore obærato facta, eatenus donatio eſt, ac pro ea parte reſcinditur. 586

Venditor.

Venditor, qui in inſtrumento venditionis emtori rem occupare permittit, hoc ipſo illam non tradit. 70

Prædium venditum, antequam iudicialiter reſignavit, valide oppignorat. 81

Venditor, cui emtor, ob moram, in uſuras pretii non ſoluti damnatus eſt, etſi ipſe rem bona fide, & ex iuſta cauſſa retinuerit, fructus tamen perceptos omnes, ex quibus locupletior factus eſt, reſtituit. 113

An venditor, qui ſibi in re vendita ratione pretii pignus ſaltem extraiudicialiter ſtipulatur, hypothecis iudicialibus, a debitore conſtitutis, præferatur? 512

Venditor, qui pretium navis aut domus venditæ exigit, in quarta claſſe collocatur. 528

Verba.

Ad occupationem non ſufficiunt. 4 & 7

Veſtes lugubres.

Ad impenſas funeris magis ex conſuetudine, quam ex lege referuntur. 504

Digitized by Google

Via privata.

Viam & iter privatum cum incommodo domini, qui servitutem debet, lapide sternere non licet. pag. 655

Via publica.

Viam publicam lapide sternere, melioremque reddere etiam cum aliquo privati incommodo licet, dummodo huic nihil auferatur. 655

Inter regalia refertur. 657

Victor.

Victor in possessorio, in petitorio ad totius litis expensas ferendas damnari potest. 632

Victoria.

Victoria legatarii contra heredem alii legatario non prodest. 390

Vidua.

Sumtus, in funus mariti obærati factos, ex concursu repetit. 506

Vindicans.

An rem vindicans fructus, in sententia omissos, separatim petere possit? 117

Vis.

Qui se in compossessionem mittit, vim facit. 128

Per introductionem simultanei religionis exercitii in templum vis committitur, & possessio turbatur. ibid.

Vim & spolium committit is, qui rem, absente possessore, occupat, & redeuntem possessorem non admittit. 705

Visio.

Ad occupationem non sufficit. 4

Vitium invisibile.

Vitia testamenti invisibilia missionem heredis scripti in possessionem rerum hereditariarum non impediunt. 649

Exempla vitiorum invisibilium. ibid.

Vitium possessionis.

In possessorio summariissimo non attenditur, si illud altioris indaginis sit. 722

Vitium visibile.

Si in testamento deprehendatur, obstat actioni ex *L. ult. C. de Edict. D. Adrian. toll.* 643

Exemplum eiusmodi vitii visibilis. 643 sq.

Vitia testamenti visibilia missionem heredis instituti in possessionem impediunt, non invisibilia. 649

Præteritio liberorum olim vitium invisibile fuit, sed per *Novell. 115.* visibile factum est. ibid.

Urthel.

Digitized by Google

Urthel.

Cuius generis hæc vox ſit? 304

Uſucapio.

Ad præſcriptionem rerum derelictarum, ſi ipſe dominus rem derelinquat, & illa mobilis ſit, occupans eam uſucapione opus non habet, ſed ſtatim dominus efficitur, ſi immobilis, lapſo biennio demum dominium conſequitur. Ordinaria vero uſucapio locum habet, quando non dominus rem derelinquit, atque tertius eam bona fide occupat. 63

An in Iure naturæ fundata ſit? 145

Scientia iuris alieni, poſt completam uſucapionem, ſuperveniens, non eſt mala fides, nec uſucapionem reſcindit. 164

Præſcribenti non obeſt, quod poſt impletam uſucapionem ius alterius agnovit. ibid.

In uſucapione accurata iuſti tituli probatio non exigitur. 173

Uſucapio completa interrumpi nequit. 278

Uſuræ.

Si uſuræ adiudicentur, nec terminus a quo adiiciatur, a Iudice peccatur. 117

An uſurarum ſolutione præſcriptio interrumpatur? 279

Uſurarum præſtatio vitiat pecuniam hereditariam. 502

Moto concurſu non ſiſtuntur, ſed currere pergunt. 531

Commune ius, quod uſuras ad unam cum ſorte claſſem refert, æquiſſimum eſt, atque in terris Saxonicis & Brandenburgicis rectiſſime retinetur. 533

Iura recentiora, quæ uſuras poſt omnes ſortes collocari iubent, ſtrictiſſime ſunt interpretanda. 534

Uxor.

An dotis ſervandæ cauſa a marito fideiuſſorem accipere poſſit? 870

F I N I S.

00580714

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google